

PRESENTAN DEFENSA

Jurado de Enjuiciamiento:

Vanessa RANOCCHIA ONGARO y Marcos L. PAZ, abogados inscriptos al T. V – F° 11 y T° IV – F° 40 del CAPLP respectivamente, en el carácter de defensores del **Dr. Carlos Antonio FLORES**, manteniendo el domicilio legal oportunamente constituido en calle Quintana N° 399 de esta ciudad, en autos caratulados: ***“MORISOLI, Juan Pablo; LOVERA, Daniel Aníbal; LAVIN, María Patricia; ... s/Denuncia en el marco de los arts. 113 y 114 C.P. y de la ley provincial 313 c/los Jueces Carlos Antonio FLORES y Gustavo Adolfo JENSEN, integrantes del T.I.P. de la Pcia. de La Pampa”***, **Expte N° 01/11 (reg. Jurado de Enjuiciamiento)**, ante ese Jurado de Enjuiciamiento nos presentamos y decimos:

I. PERSONERÍA

Conforme se encuentra acreditado en estas actuaciones, hemos sido designados por el **Dr. Carlos Antonio FLORES** para asumir su defensa técnica, por lo que comparecemos en el carácter de abogados defensores, a fin de contestar la acusación efectuada por el Sr. Procurador General de la Provincia de La Pampa contra nuestro representado.

II. OBJETO

Que venimos en legal tiempo y forma, en el

marco de lo normado por el Art. 32 “in fine” de la Ley de Enjuiciamiento, a presentar el escrito de defensa contra la acusación formulada por el Procurador General contra el Juez en lo Penal Carlos Antonio FLORES, por la presunta incursión en la causal de mal desempeño en sus funciones (conf. art. 21 incs. 1 y 3; art. 22 inc. 5 y art. 24 incs. 5 y 11 de la Ley Provincial N° 313).

Dejamos planteada nuestra absoluta y total discrepancia con los argumentos vertidos en la acusación, sosteniendo la improcedencia de los mismos y la consiguiente necesidad de que sean descartados por no revestir la entidad suficiente para autorizar la remoción del Dr. Flores de su cargo de Juez del Tribunal de Impugnación Penal (TIP) de nuestra provincia. Ello así, conforme con los antecedentes que tuviera el caso que motivó la denuncia y con las argumentaciones de hecho y de derecho que a continuación exponemos.

Asimismo, y como cuestión preliminar, planteamos la nulidad de la declaración prestada por el Dr. Carlos A. Flores el día 25 de abril de 2012 en función de haberse violentado las exigencias procesales exigidas por la ley 313 y el Código de Procedimiento Penal lo que implica la afectación del Debido Proceso y el Derecho de Defensa en Juicio.

En igual sentido, entendemos que la acusación formulada por el Procurador General en estos autos, resulta nula, en tanto y en cuanto el encuadre jurídico formulado –punto VII- deviene incierto e impreciso por lo que no se ajusta a las exigencias formales pertinentes, violentando por su entidad, el Debido Proceso, el Derecho de Defensa en Juicio, el Principio de Legalidad y de Congruencia.

III. CUESTIONES PREIIMINARES

Antes de ingresar a rebatir los argumentos de la acusación, resulta necesario plantear dos nulidades que por su importancia y gravedad, constituyen cuestiones preliminares en los términos del artículo 38 de la Ley 313.

En primer lugar, solicitamos la **NULIDAD de la DECLARACIÓN** prestada por el Juez Carlos A. FLORES el día 25 de mayo de 2012 -fs 104/124-, de conformidad con lo establecido por Código de Procedimiento Criminal de la Provincia, aporbado por Ley 2287 en los artículos arts. 159/166 – anteriores arts. 145, 146 inciso 3º), 147 y ss. del CPP) y en función de haberse violado las exigencias y garantías previstas en los artículos 231 a 237 (anteriores 262 a 266 del CPP), lo que implica la afectación del Debido Proceso y del Derecho de Defensa en Juicio previsto en los arts. 8, 11 y 13 (primera parte) de la Constitución Provincial; en el artículo 18 de la Constitución Nacional; Artículo 14 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

En segundo término, solicitamos la declaración de **NULIDAD de la ACUSACION** efectuada por el Procurador General en tanto el encuadre jurídico y legal del hecho imputado deviene arbitrario, confuso y no ajustado a Derecho, por lo que vulnera palmariamente el Principio de Legalidad, de congruencia, el Derecho de Defensa en Juicio y el Debido Proceso.

En definitiva, se solicita, la declaración de **NULIDAD** de todos los actos producidos en esta causa, los que por conexidad devienen Nulos de Nulidad Absoluta, entre los que se

incluyen, especialmente, las Resoluciones de fecha 12 y 14 de mayo dictadas por el Tribunal de Enjuiciamiento y la acusación realizada por el Procurador, debiendo en consecuencia retrotraerse esta causa al estado original.

Antes de la declaración de nulidad de un acto se deben tener en cuenta -por lo menos- dos aspectos centrales e inseparables para su procedencia: 1) existencia de sanción legal, entendiendo ella como la voluntad expresa de la ley de sancionar el acto cuando no se observen las disposiciones previstas, y 2) quebrantamiento de garantías constitucionales que causen perjuicio, especialmente en las referidas a “defensa en juicio” y “debido proceso”, que se demuestren efectivamente durante el proceso y contengan agravio real y concreto, pues conforme lo señalado por la Corte Suprema de la Nación: “... *En materia de nulidades procesales ha de emplearse un criterio restrictivo analizando siempre la íntima vinculación de ellas con el principio de defensa en juicio (art. 18, Const. Nac.), toda vez que requieren un perjuicio concreto para alguna de las parte; porque cuando se las decide en el solo interés de la ley, importan un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia*” (CSJN, 11 8 88, Fiscal c/Soto, Waldo R. y otros,” JPBA, t 69, f 8200).

En el caso que nos ocupa, no se trata sólo de nulidades formales, sino que se ha vulnerado de modo real y efectivo el derecho de defensa en juicio y el debido proceso al haberse incumplido exigencias sustanciales para la validez de los actos, que implican claras y graves violaciones a la Constitución (Arts. 8, 11 y 13 primera parte de la Constitución provincial y Art. 18 Constitución Nacional en consonancia con lo dispuesto en los

Pactos Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad que contiene el artículo 75 inc. 22 de la Carta Fundamental).

III. 1) NULIDAD DE LA DECLARACION DEL DR. CARLOS A. FLORES.

Por Resolución de fecha 17 de abril de 2012 el Tribunal de Enjuiciamiento declaró “...admisibile *prima facie*, la denuncia formulada contra el Dr. Carlos Antonio FLORES, Juez titular del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa, por mal desempeño de sus funciones (arts. 21 a 24 y art. 31 inc. 3°, ley 313)” y resolvió “...citar al mencionado magistrado, a fin de ser escuchado sobre la imputación en su contra.” Para ello, se fijó audiencia para el día 25 de abril. De dicha audiencias se labró un acta con la desgrabación del registro de audio, la que obra a fs. 104/124 y cuya nulidad del Acto y del Acta solicitamos por entender que se violaron allí, todas las garantías y recaudos procesales que la ley de rito prevé para tener por válido el mismo.

En efecto, el acta en cuestión expresa: “*En la ciudad de Santa Rosa, Capital de la Provincia de La Pampa a los veinticinco días del mes de abril de dos mil doce sienta las 17:30 horas, en la Sede del Superior Tribunal de Justicia, se reúne el Jurado de Enjuiciamiento integrado por el Dr. Eduardo FERNANDEZ MENDIA, en su carácter de Presidente, los Diputados Provinciales, María Silvia LARRETA y Martín Antonio BERHONGARAY, y los Dres. Sergio A. ESCUREDO y Ana Mariela BONAVERI, juntamente con la Dra. Betina E. CARNOVALE, en su carácter de Secretaria. En virtud de que el Dr. Carlos Antonio Flores fuera convocado a efectos de ser oído en los términos del artículo 31, inciso tercero, de la ley*

313, ingresa a la sala de sesiones. En primer lugar, por Secretaría se da lectura a la denuncia de fs. 1/5, de la cual se le hace entrega de una copia. ...”

De allí se advierte que no se cumplió con ninguno de los actos previos a la declaración del imputado, que por remisión del artículo 51 de la Ley 313 exige el Código Procesal Penal de la provincia, y con ello se vulneró en forma real y efectiva, el debido proceso por incumplir las formalidades que la ley impone y por afectar la garantía de defensa en juicio.

El artículo 31 inciso 3) de la Ley 313 establece que: *“Reunido el jurado conforme lo dispuesto en el artículo anterior, procederá del siguiente modo... 3) Si la denuncia fuera prima-facie admisible el Jurado oirá al magistrado o funcionario”*. En tanto que el artículo 51 de la Ley 313 consigna que *“Son aplicables supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento en lo Criminal”*. Teniendo en cuenta esa remisión, las cuestiones de procedimiento, se rigen por lo establecido en el Código Procesal Penal de la Provincia de modo tal que, la audiencia a la que fuera convocado el Juez FLORES debía equipararse con la declaración del imputado a que se refiere el Capítulo IX del actual CPPP, donde se establece que: Art. 232: *A la declaración del imputado en la etapa preparatoria sólo podrá asistir su defensor. Aquél será informado de este derecho antes de todo interrogatorio, pero podrá declarar sin su presencia, siempre que manifestara expresamente su voluntad en tal sentido. Art. 233: *El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra el coacción o amenaza, ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad (...). La**

*inobservancia de este precepto hará ineficaz el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda. Por su parte, el artículo 234 se refiere al interrogatorio de identificación y el artículo 235 establece que: “**Terminado el interrogatorio de identificación se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye no pudiendo ser suplido ello por fórmulas genéricas, cuales son las pruebas existentes en su contra...”** (El subrayado nos pertenece). Finalmente, el artículo 236 consigna la forma de la declaración diciendo: “*Si el imputado no se opusiere a declarar, se lo invitará a manifestar cuando tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos y a indicar, (...) las pruebas que estime oportunas (...). Los defensores tendrán los derechos y facultades que acuerda el artículo 269. Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan.*”*

Pese a toda esta regulación, al momento de llevarse a cabo la declaración del Juez Flores se incumplieron **TODOS Y CADA UNO** de los artículos referidos precedentemente.

Así, en el transcurso de la audiencia, no se le informó que podía abstenerse de declarar y que ello no constituía una presunción en su contra, en realidad sólo se le informó que disponía de media hora para formular su descargo, incumpliendo con los Arts. 231 y 233 y dando por sentado que estaba obligado a prestar declaración. No se realizó el interrogatorio de identificación y lo que es mas grave, se incumplió la exigencia del Art. 235 en cuanto no se informó “**detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra...**”.

Además, al no estar presente el Ministerio Fiscal y los defensores, se omitieron poner en funcionamiento las facultades que acuerda el artículo 269 según el artículo 236 del CPP.

El artículo 159 del CPP establece que *“No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, salvo que el defecto haya sido subsanado o no se hubiera protestado oportunamente por él”*. En tanto que el artículo 165 del CPP consigna que *“No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos, aun de oficio, los defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado [...] o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Nacional y la Constitución Provincial”*.

La declaración del imputado, constituye la oportunidad de conocer el hecho y las pruebas que existen en su contra, y el Tribunal está obligado a hacerlo. Aquí el imputado puede hacer o no hacer los descargos, por lo que constituye un acto de defensa material, por oposición a la técnica que lleva adelante el defensor. *“Tanto es un verdadero acto procesal de defensa, con fuente en el art. 18 de la CN, que puede el imputado, sin que ello implique una presunción de culpabilidad, abstenerse de declarar, lo que no generará presunción alguna en su perjuicio”* (Navarro, Guillermo R y Daray, Roberto Raúl. Código Procesal Penal de la Nación. Ed. Hammurabi, Pág 444). *“Dada la naturaleza jurídica del instituto, típico medio de defensa, deviene fundamental que se imponga al imputado del derecho que le asiste a contar con asistencia letrada, como también a mantener con su defensor entrevistas previas al acto de la indagatoria”* (Navarro,

Guillermo R y Daray, Roberto Raúl. Código Procesal Penal de la Nación. Ed. Hammurabi, Pág 457).

En líneas generales, la Doctrina más autorizada (Clariá Olmedo, Vazquez Iruzubieta, Maier, entre otros) consigna que la indagatoria (hoy declaración del imputado) constituye el principal medio de defensa con que cuenta el imputado. Formalmente constituye un acto procesal indispensable para que el proceso pueda **válidamente** perseguirse. Es por ello que si se incumplen las exigencias mínimas establecidas en la Ley para su procedencia, como ha acontecido en esta oportunidad, se está vulnerando el derecho de Defensa en Juicio y el Debido Proceso.

La declaración del imputado es el primer acto ineludible en los comienzos de un proceso sumarial, porque es la primera ocasión en que el sometido a proceso podrá ser escuchado, hacer su descargo y ofrecer pruebas si así lo desea. Pero además, la importancia de este acto radica en que es el presupuesto necesario del procesamiento en los códigos tradicionales (procedimiento mixto) y de la requisitoria fiscal de citación a juicio como conclusión de la investigación preparatoria de los códigos más modernos. (Conf. Clariá Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal Penal. T° II. Actualizado por Carlos Chiara Diaz. Rubinzal Culzoni. Editores. Pág 494).

En la audiencia llevada a cabo el día 25 de mayo de 2012 (fs. 104), se advierten todas las omisiones materializadas en ese acto y a las que hicieramos referencia en apartados anteriores. Y esas inexplicables omisiones, tornan nula de nulidad absoluta la declaración prestada por el Dr. Carlos Flores, básicamente porque se llegó al extremo de incumplir la

exigencia del art. 235 (antes 265) en cuanto no se lo informó **“detalladamente al imputado cual es el hecho que se le atribuye, cuales son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad”** (conf. actual art. 235 CPP – anterior art. 265).

Al momento de su declaración y según constan en el acta respectiva se observa que *“En primer lugar, por secretaría se da lectura a la denuncia de fs. 1/5, de la cual se le hace entrega de una copia...”*. Ello es todo lo que se consigna en cumplimiento de las prescripciones del Código de rito.

Si al momento de la declaración del imputado no se fija adecuadamente el “hecho imputado” ni se informa de ello de manera detallada es indudable que los actos sucesivos y posteriores, afectarán el principio de congruencia al no existir identidad entre los hechos y la materia de acusación, justamente porque se parte de un acto procesal nulo por no respetar la exigencia de comunicar adecuadamente el hecho atribuido y las pruebas existentes.

“La intimación consiste en poner al imputado en pleno conocimiento del hecho objeto del proceso, con todas las circunstancias jurídicas relevantes [Velez Mariconde, Derecho..., t. II, p. 222] para que puede contestarlo eficazmente [Clariá Olmedo, Derecho..., t. II, p 498]. Se vincula al deber constitucional, en cabeza del órgano que recibe la declaración, de hacerle saber las causas de la acusación. El derecho a ese conocimiento es proclamado por los arts. 8, párrafo 2, b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, párrafo 3, b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es

antecedente necesario del ejercicio de otro, cual es el de contar con el tiempo y medios adecuados para su defensa...” (Navarro, Guillermo R y Daray, Roberto Raúl. Código Procesal Penal de la Nación. Ed. Hammurabi, Pág. 468)

Es realmente llamativo que se haya incurrido en los incumplimientos citados, los que indudablemente pueden imputarse a una ley -313- que no recepta expresamente los criterios mínimos que ha fijado la Corte en lo referente al Debido Proceso y la Defensa en Juicio. Sin embargo, al aplicar supletoriamente el Código Procesal Penal (art. 51) de algún modo, la propia ley exige que al momento de “oír” al imputado se le respeten las exigencias que fija el Código Procesal Penal. Es decir que si bien no se detalla en el texto de la ley las exigencias y requisitos que debe reunir la declaración inicial, por remisión del artículo 51 de la propia Ley 313 al Código de Procedimiento Criminal, se da entidad en este enjuiciamiento a las garantías mínimas que debe reunir este acto procesal de acuerdo a la Constitución y la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el orden provincial, los sumarios administrativos que se realizan a los empleados y funcionarios Públicos se rigen por la Ley 643 en donde se receptan los lineamientos respecto al modo en que debe ser oído quien esta inmerso en un proceso. Por otra parte el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: **“Los Ministros del Superior Tribunal Jueces, Procurador, Jueces, procurador General integrantes del Ministerio Público, Funcionarios y empleados podrán ser sancionados disciplinariamente. El procedimiento sumarial que garantice el debido proceso y la**

defensa será el establecido por la Ley 1830, pudiendo el Fiscal de Investigaciones Administrativas delegar la instrucción en el organismo que por Acuerdo determine el Superior Tribunal de Justicia”.

A partir de ello el Superior Tribunal de Justicia dicta el ACUERDO N° 1987 en el que se regula el procedimiento sumarial para la aplicación de sanciones disciplinarias a los Ministros del Superior Tribunal, Jueces, Procurador, integrantes del Ministerio Público, Funcionarios y empleados del Poder Judicial. En la Sección tercera se hace referencia a la Declaración del Sumariado (artículos 25 al 35). No es necesario transcribir aquí el texto de los artículos simplemente consideramos pertinente limitarnos a consignar que: 1. La no concurrencia o su negativa a declarar no constituye presunción en su contra –art 29-; el instructor impondrá al sumariado, previo a la declaración, de los términos textuales de la denuncia –art 30-; se le hará saber que tiene derecho a hacerse asistir por un letrado, que no esta obligado a declarar sin la presencia del mismo y que puede negarse a hacerlo sin que ello signifique presunción en su contra –art 32-.

Es decir el procedimiento que se le sigue a un Juez en el ámbito disciplinario recepta absolutamente todas las garantías al momento de la declaración de parte. Si el Dr. Flores hubiese tenido un sumario administrativo en el ámbito del Poder Judicial se le hubiesen respetado las garantías que aquí señalamos como violentadas; por lo tanto no existen excusas válidas para que se tolere, en este caso, la ausencia o conculcación de esos derechos.

La condición de Juez del imputado, no

eximía al Tribunal del cumplimiento de la ley ni autorizaba la limitación de garantías o vulneración de derechos; ya que además de no estar FLORES en el rol de juez de ese proceso, **debió** atenerse al modo y formas en que el tribunal de enjuiciamiento, entendió debía llevarse a cabo dicho acto. La conminación a producir el descargo y la falta de advertencia alguna respecto a la posibilidad de declarar o no, o la omisión de hacerle saber del derecho a designar abogado defensor y demás incumplimientos apuntados, no dejó otra opción, en dicha oportunidad, que atenerse al criterio considerado en ese momento por el Tribunal de Enjuiciamiento.

Sin perjuicio de la condición de Juez del Dr. Carlos Flores, lo cierto es que allí, no se encontraba en cumplimiento de este rol. Que el imputado estuviera en condiciones de advertir que se le vulneraban derechos, no impide en absoluto esta queja ni torna menos ilegal la afectación de garantías allí producidas, ya que las mismas parten de un criterio del Tribunal de Enjuiciamiento, que no podía ser puesto en tela de juicio en la misma oportunidad de llevarse a cabo la audiencia por no ser en este caso el Dr. Flores, quién debía velar por el cumplimiento de las garantías y formas que exige este acto.

III. 2) NULIDAD DE LA ACUSACION

La acusación, en el último párrafo de la fundamentación del escrito (fs. 67) textualmente dice: *“En conclusión, ante la gravedad de la conducta desplegada por Flores, acuso al magistrado por mal desempeño en sus funciones al dictar una resolución judicial contraria al plexo normativo vigente que permitió la libertad de un acusado de un grave delito en el contexto*

de violencia de género, que desencadenó en el femicidio de Carla. Ello en base a lo prescripto por los arts. 113 de la Constitución de la Provincia y 21.1; 21.3;.22.5; 24.5 y 24.11 de la Ley 313”.

Esta es la primera y única ocasión a lo largo de esa acusación en que el Sr. Procurador subsume, aunque solo formalmente, la conducta del Juez en las alternativas de delitos puntuales. Con anterioridad a este párrafo, sólo de manera tangencial se hizo alguna referencia aislada a la comisión de los delitos de “abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público” y de “prevaricato” que parece que pretenden ser imputados pero sin exceder la interpretación de considerar que, conforme los límites de la jurisdicción del Jurado, “...*el delito como causal de enjuiciamiento es una variable del mal desempeño*”.

Es decir que, en principio estamos ante una acusación por “mal desempeño” pero de esas enunciaciones, no desarrolladas en la acusación, parece desprenderse que el mal desempeño es imputado en virtud de considerar que se ha incurrido en la comisión de delitos.

La Ley 313, en su artículo 21 establece que: “*Son causas de remoción de los funcionarios comprendidos en la presente ley las siguientes... 1) Mal desempeño de sus funciones;...; 3) La comisión de delitos*” y el artículo 22 consigna las causales del mal desempeño expresando: “*Constituye mal desempeño de sus funciones: ... 5) Las que se determinen en otras leyes.*”

Por su parte, el artículo 24 dispone: “*Los delitos por los cuales son acusables ante el Jurado los funcionarios indicados en la presente ley, siempre que fueren cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones, son los siguientes: 5) Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos; y*

11) *Prevaricato.*

La acusación, tal como está planteada, resulta un acto jurisdiccional ineficaz y arbitrario por infundado, toda vez que, al no existir un relato detallado y una adecuada descripción de cuáles fueron las conductas que habría desplegado el imputado para quedar inmerso en la alternativa de los delitos mencionados, se viola el derecho de defensa, ya que impide a esta parte conocer con precisión de aquello por lo que se lo acusa.

Teniendo en cuenta que la Ley 313 en el art. 51 remite supletoriamente al CPP no debió desconocerse lo prescrito por el art. 295 del mismo código, y por ende, la acusación debió ser autosuficiente y contener una *“relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, de los fundamentos de la acusación y la calificación legal”*.

La acusación debe autoabastecerse y ello no se produce con una enumeración de los artículos que se consideran involucrados. La indeterminación de las acciones imputadas y del adecuado encuadre de cada acción en el ilícito que se considera cometido, nos coloca ante una acusación deficiente e inconclusa que, como tal, debe ser tachada con su declaración de nulidad. Nulidad, que además, debe considerarse absoluta, por estar estrechamente vinculada con la violación a elementales garantías constitucionales (art. 18 CN).

El requerimiento de elevación o la decisión de apertura a juicio de que habla el 294 del Código Procesal actual (que sería el acto procesal más equivalente a esta acusación), en opinión de Maier, es una atribución del Ministerio Público Fiscal de suma importancia, pues mediante ella se limita el contenido

material del juicio y la sentencia.¹ Por ello, para ejercer el derecho de defensa, necesariamente se debe conocer de manera clara y precisa cuál es la imputación. En razón de ello, la imputación “... *no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona*”².

En la acusación, se debió describir las conductas que se consideraban violatorias de cada una de las normas invocadas, porque no alcanza con enunciaciones genéricas. Y además ello no puede estar ausente con el argumento de que, de existir delito, las actuaciones deberán ser remitidas a la justicia penal (art. 45 Ley 313) ya que, por su naturaleza y por los alcances de su jurisdicción, no será el jurado de enjuiciamiento quien dicte una condena penal.

Sabido es que el Jurado deberá pronunciarse sobre todos los extremos propuestos y fundados en la acusación, por lo tanto, si se pretende acusar sosteniendo que ha existido la comisión de un delito y/o mal desempeño, todo ello debe ser explicado para que la defensa pueda refutar y para que el Jurado pueda emitir un pronunciamiento fundado.

¹ Conf. Maier, Julio B., Derecho Procesal Penal II. Parte general- Sujetos procesales, editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2003, 1º edición, p. 368

² Maier, Julio B., Derecho Procesal Penal I. Fundamentos. Pág. 553. Ed.: Editores del Puerto S.R.L. - Buenos Aires - Año 2004, 2º edición.

En efecto el “mal desempeño” entraña de por sí un concepto amplio y poco definido que admite una importante amplitud de interpretación. Rafael Bielsa dice: “... *la expresión tiene una latitud considerable y permite un juicio discrecional amplio por involucrar la falta de idoneidad no sólo profesional o técnica, sino también la moral, todo lo que determine un daño a la función y por ende a la gestión de los intereses de la Nación*”³.

Por eso, para que un magistrado enfrente una imputación de este tenor, deberán existir cargos bien determinados que hagan referencia a hechos concretos y graves; y si ese mal desempeño pretende basarse en la posible comisión de delitos, deberá explicarse en qué consistió el accionar delictivo y cuál es la subsunción legal -en el Código Penal- que se pretende.

La CSJN ha expresado de manera reiterada que: “... *el enjuiciamiento de magistrados debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en presunciones serias que sean idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función (fallos 266:315, 267:171, 268:203, 272:193, 277:52, 278:360; 283:35, 301:1242) y que esta fuera de toda duda, ... que “son los hechos objeto de la acusación” los que determinan la materia sometida al juzgador*”. (conf. doctrina de la causa Nicosia, Fallos, 316:2940).

Por su parte, en lo referente a los delitos enunciados, cabe advertir que no se hace ninguna referencia puntual en todo el escrito acusatorio, no hay alusiones a la configuración de los tipos penales aludidos ni a la presencia de

³ BIELSA, Rafael. “Derecho Constitucional”, pag. 483. Ed. Depalma. Bs. As. 1954.

extremos ineludibles como el dolo o la culpa. Es decir, no hay ni siquiera un atisbo de fundamentación sobre los datos que llevan a imputar esas conductas delictivas y no se hace una adecuada subsunción legal de lo imputado en los artículos pertinentes del Código Penal. Todo esto, impide el ejercicio adecuado de la defensa que, para ello debe ingresar a evaluar una serie de hipótesis defensivas ante una acusación deficiente por amplia e inconclusa.

A decir verdad, estos defectos en cuanto a la calificación legal que hemos apuntados se originan en una confusión conceptual que resulta alarmante teniendo en cuenta el funcionario que aquí acusa.

Transcribimos los párrafos en los que se sintetiza el error conceptual señalado que lleva a la nulidad de la acusación: *“Su función **(Aquí se refiere al Tribunal de Enjuiciamiento)** no es la de aplicar la ley penal, sino determinar a partir de un juicio de certeza moral, si el Magistrado del Tribunal de Impugnación Penal –en este caso- ha incurrido en mal desempeño aún en el supuesto de que su conducta pueda ser sospechada y encuadrada en la comisión de un delito, **ya que el delito como causal de enjuiciamiento es una variable del mal desempeño.** En tal inteligencia debe ser considerado que la propia ley 313 menciona como “abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos” por un lado y “prevaricato” por el otro y que puede englobarse en el mal desempeño. Y esto no sólo tiene que ver con la naturaleza jurídica del órgano juzgador, sino con la finalidad del mismo, ya que una misma conducta puede ser considerada “delito” para la Ley de Enjuiciamiento y no constituir delito para la legislación penal...”* -fs 63 del escrito de acusación- (El paréntesis

en **negrita** nos pertenece).

En el párrafo precedente se advierte claramente la confusión conceptual señalada y que lleva a esta defensa a requerir la Nulidad de la acusación, puesto que el Procurador General pretende identificar al delito con el mal desempeño, cuestiones que han sido claramente diferenciadas en la Ley 313, puesto que en el artículo 21 y 22 se tipifica claramente el “mal desempeño” y en el artículo 24 se prevén delitos.

Por otra parte, es dable recordar que ese Tribunal de Enjuiciamiento por resolución de fecha 14 de mayo de 2012 resuelve en el apartado 3º) Ordenar la formación de causa (art. 32 de la ley 313) contra el Juez del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia de La pampa, Dr. Carlos Antonio Flores por mal desempeño (arts. 21, inc. 1º, y 22, de la ley 313)...

Es decir que, el Jurado de Enjuiciamiento definió claramente la calificación legal de los hechos como “mal desempeño”, haciendo referencia a los artículos de la Ley 313 referidos a ello, no así al 24 que consigna la lista de delitos, mientras que el procurador pretende calificar los hechos como delitos pero consignando que no son delitos penales sino una variable del mal desempeño. Es aquí donde afecta el Derecho de Defensa y Debido Proceso puesto que no determina de forma clara la calificación legal y el encuadre preciso del hecho imputado.

En coincidencia con lo expuesto, entendemos que la realización del juicio, sin tener definida esta cuestión, afecta su validez, produciendo un desgaste jurisdiccional que debió ser evitado. Por eso consideramos que la acusación debe merecer la tacha de nula por infundada y ha de permitir,

eventualmente, el arribo a la CSJN por medio del Recurso Extraordinario (art. 14, Ley 48).

Hemos puntualizado precedentemente, los aspectos procesales específicos a partir de los cuales consideramos nulos la Declaración del Dr. Carlos A. Flores y la Acusación del Ministerio Público. En ambas oportunidades se afectan Derechos y Garantías Constitucionales que confirman que no estamos ante un planteo meramente formal, sino en presencia de actos de procedimiento que por sus falencias constituyen ataques a elementales derechos y garantías constitucionales y que, por esas circunstancias devienen impugnables y nulos.

El artículo 114 de la Constitución de la provincia de La Pampa establece que: “El fallo condenatorio necesitará contar con el voto de la mayoría y la ley establecerá el procedimiento, garantizando la defensa y el descargo del acusado, fijando además los delitos y faltas sujetos a la jurisdicción del jurado”.

“La garantía de la defensa en juicio consiste en dar al litigante la oportunidad de ser oído y ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes de procedimiento...” (CSJN Fallos 212:447).

Luego de la reforma constitucional de 1994 aparece, en función de la incorporación de tratados internacionales, el llamado Bloque de Constitucionalidad integrado justamente por la Constitución y los tratados que ostentan rango Constitucional –artículo 75 inciso 22) CN-. Ello ha tenido un fuerte impacto en las garantías constitucionales del proceso penal y es por ello que ante los nuevos cambios, la Ley

313 quedó fuera de una lógica garantista acorde a las nuevas pautas nacionales e internacionales. En este caso, la afectación de los derechos que asiste a todo imputado deviene palmaria y evidente y se contrapone con los nuevos estándares que imperan en el ámbito del Derecho Procesal y en particular con las Garantías procesales y las implicancias actuales de lo que se considera debido proceso y defensa en juicio ya sea en la legislación como en la jurisprudencia de la Corte.

El artículo 18 de la Constitución Nacional dispone “...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...” De aquí se extrae el derecho de DEFENSA EN JUICIO Y DEBIDO PROCESO que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido definiendo a lo largo de sus Fallos.

La Corte ha dicho, en diversas oportunidades, que la garantía de defensa en juicio abarca la posibilidad de ser oído, como así también la de producir pruebas y controlar las mismas. Y ese derecho a ser oído ha sido debidamente perfilado en el caso “Rojas Molina” (CSJN. Fallos 189:34) donde la Corte enumera algunas garantías que son de aplicación a este caso. “...desde la primera intervención de todo acusado en un juicio el juez debe hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor [...] Esa interpretación concuerda con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional que según esta Corte ha dicho reiteradamente en materia criminal, consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia...”. En el caso Belfort S.C.A. (CSJN, Fallos 295:591) la Corte consignó que; “... La garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, especialmente cuando se trata de pronunciamiento condenatorio

en causa penal, que haya tenido lugar válidamente en el proceso, la acusación, defensa, prueba y sentencia...”

En base a lo aquí expuesto deberá entonces disponerse la Nulidad de la declaración indagatoria por no haberse informado adecuadamente los hechos y las pruebas existentes, y por incumplir las exigencias formales previstas en el CPP según lo aquí consignado, con la clara afectación del derecho de Defensa en Juicio y Debido Proceso. Asimismo deviene nula la acusación en tanto formula una calificación legal totalmente defectuosa, que afecta la posibilidad de Defensa en Juicio pero además el Debido Proceso y el Principio de Congruencia.

III. 3) NULIDAD DE ACTOS CONEXOS:

El artículo 166 CPP (anterior 151) establece que: **"La invalidez declarada se extiende a todos los efectos del mismo o a los actos consecutivos que de él dependan."**

Observamos que la Doctrina del fruto del árbol venenoso tiene recepción legislativa en nuestro ordenamiento jurídico provincial. Este Instituto funciona dentro del siguiente contexto: **"Los actos practicados en violación de garantías constitucionales carecen de eficacia probatoria, al igual que las pruebas que se obtengan como consecuencia de ellos"**⁴.

Como consecuencia entonces, de la NULIDAD de la declaración del imputado resultarán nulos de nulidad absoluta la totalidad de los Actos Procesales consecutivos

⁴ 1. Revista: Derecho Penal. "Invalidez de las pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales. Dr José I. Cafferata Nores. Ed.Juris. Sta Fe. 1992.

que dependen de ella, es decir que, en este caso, deberá retrotraerse el procedimiento a la instancia inicial.

En caso de no compartirse esta postura, dejamos planteada también, la nulidad con carácter de absoluta de la Acusación, dejando expresamente consignado que esta nulidad no se peticiona con carácter subsidiario. Estamos absolutamente disuadidos de su procedencia y por eso así lo reclamamos. Solo se la menciona en un “segundo lugar” por una cuestión de organización del texto, que pretende respetar el orden cronológico en que las mismas se produjeron.

Como salvedad final, cabe recordar que en función del artículo 51 de la Ley 313 son aplicables las normas del Código de Procedimiento en lo Criminal. Evidentemente la Ley se refiere al Código Procesal Penal aprobado por Ley 332 en el mismo año en que se dicta la Ley 313. No obstante lo cual señalamos que las garantías que acompañan a la declaración del imputado como las exigencias de validez de la acusación, son receptadas en idénticos términos por el nuevo Código Procesal vigente y aprobado por Ley 2287, por lo que los argumentos hasta aquí vertidos son igualmente válidos con independencia del Código procesal que se tenga en cuenta.

IV. ANTECEDENTES - RESOLUCIÓN

Definidas entonces las cuestiones preliminares precedentes, deviene pertinente ingresar a las cuestiones fácticas y jurídicas consignadas en la Acusación.

La presente causa ofrece los antecedentes que detalladamente han sido expuestos en el Punto V del escrito de acusación, no obstante estimamos pertinente destacar aquí

que en ese detalle se omite de modo incomprensible transcribir los fundamentos de la defensa y la querrela presentados ante el TIP para requerir el avenimiento; como tampoco se transcribe lo atinente a la audiencia llevada a cabo por el Dr. Flores y el Dr. Balaguer con Carla Figueroa.

Sin perjuicio de ello, como aquí se va a analizar la calidad del desempeño en el caso, del magistrado cuestionado; vamos a puntualizar, siguiendo un orden cronológico, cuál fue la intervención concreta que tuvo el Juez FLORES en ese proceso, puesto que lo que ellos debían definir era un recurso respecto a la denegatoria del avenimiento, lo que constituía un “incidente” dentro de la causa principal:

- Con fecha 18/10/11 Carla Figueroa con el patrocinio del Dr. Quiroga y Marcelo Tomaselli con el patrocinio del Dr. Agüero, presentaron recurso de Impugnación (Incid. N° 912-2) contra la Resolución de los Jueces de la Audiencia de Gral. Pico que con fecha 04/10/11 rechazaron la propuesta de avenimiento efectuada por los nombrados.
- Ingresado ese recurso al TIP y definida su admisibilidad formal (19/10/11), la Sala B del Tribunal, integrada por los Dres. Pablo Tomás BALAGUER y Carlos Antonio FLORES se avocó al conocimiento del recurso, disponiendo -como parte del trámite- la celebración de “audiencias de visu” para conocer, por separado, al imputado y a la víctima. La audiencia con el imputado se realizó en la sede el TIP el 09/11/11 en tanto que la de la víctima se llevó a cabo en la ciudad de Gral. Pico, donde el Tribunal se constituyó el 15/11/11 para conocer y escuchar a Carla Figueroa.
- Luego de esa audiencia, la Sala B del Tribunal de Impugnación

con los votos fundados de los Dres. Flores y Jensen, pronunció su fallo el 02/12/11 haciendo lugar al recurso de impugnación interpuesto y disponiendo la aplicación del instituto del “avenimiento” tal como fuera solicitado por la víctima y el imputado.

- En la parte final de esa sentencia, textualmente se RESUELVE: *“1º) HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN planteada por Carla Figueroa y Marcelo Javier TOMASELLI, REVOCANDO el auto dictado por la Audiencia de Juicio de la ciudad de General Pico con fecha 04/10/2011. 2º) HACER LUGAR AL AVENIMIENTO formulado oportunamente por Carla FIGUEROA y Marcelo Javier TOMASELLI en los términos del Art. 132 del C.P., delegando en la Audiencia de Juicio de la ciudad de General Pico la imposición de las reglas de conducta pertinentes y por el término que estime corresponder, a fin de verificar la efectiva convivencia de los nombrados y la implementación de controles asistenciales y psicológicos tendientes a evitar la producción de nuevos hechos de violencia de género entre los ahora consortes –Art. 76 ter. del C.P.-, todo ello bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento injustificado, se revocará la medida aquí ordenada y se proseguirá con el trámite del juicio en legal forma. 3º) Protocolícese, notifíquese y vuelva el presente legajo a la Oficina Judicial de General Pico a sus efectos.”*
- El mismo día en que se dictó esa resolución (02/12/11), el Tribunal dispuso colocar al detenido Marcelo Tomaselli a disposición exclusiva de la Audiencia de Juicio de la Segunda Circunscripción Judicial y a esos fines libró el oficio N° 375/11 remitiendo copia certificada de la resolución, con expresa indicación de que la misma se adjunta “a fin de dar

cumplimiento a lo previsto en el punto 2º) del resolutivo”; es decir que se delegó en la Audiencia de Gral. Pico “...la imposición de las reglas de conducta pertinentes y por el término que estime corresponder, a fin de verificar la efectiva convivencia de los nombrados y la implementación de controles asistenciales y psicológicos tendientes a evitar la producción de nuevos hechos de violencia de género entre los ahora consortes –Art. 76 ter del C.P.-, todo ello bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento injustificado, se revocará la medida aquí ordenada y se proseguirá con el trámite del juicio en legal forma.”

- Con igual sentido, se libró el oficio 376/11 destinado al Jefe de la Alcaldía UR-II a fin de que en el lugar de detención se tomara conocimiento de que el detenido quedaba, a partir de ese momento, a disposición exclusiva de la Audiencia de Juicio de Gral. Pico.
- **Esta fue toda la secuencia jurídica donde tuvo intervención el Dr. Flores. Su intervención se agotó en la resolución - como parte de un cuerpo colegiado- de un recurso de impugnación.**
- Recibidas las actuaciones en la ciudad de Gral. Pico, se diligenció el Oficio N° 1107 que dispuso ordenar la inmediata libertad del imputado Marcelo Javier Tomaselli.
- Tomaselli y Figueroa volvieron a vivir juntos pero lamentablemente, esa convivencia cesó de manera abrupta el 10 de diciembre de 2011 en que Marcelo Tomaselli mató a Carla Figueroa.

Fue este suceso, el que por el razonable impacto que produjo en la sociedad, determinó que las miradas se

posaran sobre las actuaciones estatales anteriores a ese desenlace y especialmente sobre la actividad judicial a la que, a partir del resultado, se cuestionó desde algunos sectores, abriendo especulaciones sobre que el resultado pudo ser otro de haber sido diferente la resolución judicial dada al caso.

De ese modo, el fallo del 02/12/11 que decidió hacer lugar al avenimiento solicitado por las partes (imputado y víctima), dio lugar a que, luego de la muerte de Figueroa, todos los integrantes de la Cámara de Diputados de la provincia de La Pampa denunciaran ante el S.T.J. local a los Dres. Carlos Antonio FLORES y Gustavo Adolfo JENSEN, solicitando la destitución de los denunciados por entender que ambos podrían estar inmersos en la causal de “mal desempeño” en su cargo conforme las prescripciones de la Ley Provincial 313 y de lo normado por los arts. 113 y 114 de la Constitución provincial.

El 29 de febrero de 2012 se constituyó el Jurado de Enjuiciamiento. El 17 de abril del mismo año ese Tribunal resolvió *“declarar admisible prima facie la denuncia formulada contra Carlos Antonio Flores, Juez titular del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia de La Pampa”*; y con fecha 14 de mayo se ordenó la formación de causa contra el citado magistrado. Se corrió vista al Procurador General de la provincia a fin de que formulara acusación la que fue presentada el día 23/5/12 y notificada a esta parte el 30/5/12.

Hasta aquí, hemos expuesto - sintéticamente- la secuencia de hechos que constituyen la antesala de esta instancia defensiva.

V. PRETENSIÓN IMPUGNATIVA

Ingresando al análisis de la acusación, cabe advertir que en el Punto V (de fs. 8 a 28) se realiza un pormenorizado, aunque parcial detalle, sobre las actuaciones judiciales previas al comienzo de la intervención por parte del Tribunal de Impugnación. Los datos allí expuestos, de utilidad para contextualizar el caso, no fueron materia de abordaje por parte del TIP y no porque el Tribunal incurriera en alguna omisión legal sino porque no correspondía hacerlo.

En efecto, los jueces del Tribunal de Impugnación, en el marco del actual CPP no intervinieron en la actividad jurisdiccional desarrollada en el Legajo (o expediente) principal porque su misión como Tribunal de Impugnación, consistía en abocarse a la resolución del Incidente 912/2; vale decir, a resolver si había mérito o no para hacer lugar a la pretensión de la parte recurrente. Para ello, el TIP recibió las piezas procesales que enumera el art. 406, en el caso: el pedido de avenimiento presentado por la víctima (20/9/11), el acta de la audiencia de Avenimiento (27/9/11), la Resolución de la Audiencia de Juicio denegando ese pedido (04/10/11) y el Recurso de impugnación impetrado de manera conjunta por la víctima (representada por el abogado querellante) y por defensa de del imputado, contra esa Resolución denegatoria del avenimiento (18/10/11).

Esa son las constancias que integraron el Incidente N° 912/2 y en base a ellas y a lo acontecido en las audiencias llevadas a cabo durante la tramitación del recurso ante la Alzada, es que los Jueces desarrollaron su actividad impugnativa. A ese incidente se agregaron: las vista a la fiscalía,

las constancias de la celebración del casamiento (fotos, solicitud ante el Registro Civil y Acta de matrimonio) y una carta manuscrita de Carla Figueroa enviada al TIP.

Es importante hacer esta salvedad, para que pueda entenderse cuál era el alcance de la materia a resolver y cuál fue el material que los jueces tuvieron ante sí para dictar su fallo. Los integrantes de la Sala B del Tribunal de Impugnación no debían ingresar a considerar si el hecho inicialmente denunciado por FIGUEROA existió o no, ni si al mismo le correspondía esa u otra calificación legal. Los jueces sólo debían determinar si la posibilidad -entonces legal- de otorgar el avenimiento había sido debidamente desestimada por la Audiencia de Juicio de Gral. Pico o si, tal como se entendió -por mayoría- en ese fallo, correspondía hacer lugar al reclamo de los recurrentes (en este caso, víctima e imputado de manera conjunta) y si debía permitirse, en consecuencia, la aplicación del instituto legal previsto en el entonces vigente, Art. 132 del Código Penal.

Hecha esa advertencia, pasamos a analizar los argumentos con los que el Procurador General, pretende sostener la acusación. Así, las conclusiones acusatorias se sustentan en tres ejes:

- 1.- se cuestiona la aplicación del avenimiento al caso;
- 2.- se considera que el caso debía y no fue analizado como una cuestión de género; y
- 3.- se sostiene que el fallo está ligado a la muerte de la víctima y que ese desenlace era previsible.

Vamos a refutar cada uno de estos tópicos siguiendo el orden en que han sido abordados en el escrito de

acusación.

V.1 AVENIMIENTO: APLICACIÓN AL CASO. VIGENCIA DEL ARTÍCULO 132 DEL CODIGO PENAL.

Empezamos, con el punto VI.1 donde el Procurador se pregunta: **“¿si correspondió o no aplicar la derogada figura del avenimiento al caso?”** en realidad, esta pregunta es objetable desde su redacción, porque no se trataba de una alternativa derogada en el momento de su aplicación. En todo caso, la pregunta debió ser si correspondía o no aplicar la figura del avenimiento; pero fuera de esa sutileza, vamos a responder disintiendo con la respuesta que ofrece el acusador.

Frente a esa pregunta, decimos entonces, que el llamado avenimiento, era un instituto previsto en el Art. 132 del Código Penal conforme las modificaciones introducidas por la Ley 25.087 (B.O. 14/05/99) y consistente en la posibilidad dada a la víctima de un delito sexual, mayor de 16 años, de acordar ciertas condiciones con el imputado y bajo la supervisión del Tribunal para -como decía el artículo- *“armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima.”*

Es decir que, estando reunidos los cuatro presupuestos objetivos para su concesión, la aplicación o no de este instituto, era una cuestión jurídicamente opinable que estaba dentro de la esfera jurisdiccional del TIP. No se trataba de un planteo que admitiera su rechazo “in limine” por improcedente.

En estos casos, no aplicar una norma sancionada por el Congreso de la Nación hubiera sido posible sólo en dos circunstancias: 1) que la norma hubiera sido anulada por el propio Congreso, (tal como a la postre ocurrió); o 2) que se

declarara la inconstitucionalidad para ese caso.

Ninguna de estas circunstancias estaban presentes, por ende, el art. 132 se encontraba vigente, no resultaba inconstitucional (tampoco se había planteado ello) y estaban reunidos los presupuestos objetivos para su aplicación. Incluso, en este punto, también lo habían entendido así los Jueces de Audiencia de General Pico⁵ quienes consignaron en su resolución, que dicho artículo se encontraba vigente y que era aplicable al caso. Además, existían antecedentes en el propio TIP⁶ donde se había hecho lugar con anterioridad, a la aplicación de esa alternativa. Es decir, no se forzó la interpretación de una norma sino que se aplicó la ley en el convencimiento de que se consagraba la solución más justa para el caso.

Es cierto que la sola previsión legal no alcanza y que los jueces deben merituar las leyes teniendo presente el contexto en que se encuentran insertas y, fundamentalmente, la posibilidad o conveniencia de su aplicación concreta al caso. Pero nosotros entendemos que ello ocurrió, por lo que la postura del Procurador General asumida en su oposición

⁵ “Que en primer lugar, en cuanto a la aplicación del avenimiento previsto por el art. 132 del C.P. voy a coincidir con la posición de la defensa, en cuanto a que todos los supuestos del artículo 119 del mismo cuerpo legal se encuentran comprendidos, sin hacer diferenciación alguna con respecto a los agravantes enumerados en el cuarto párrafo del artículo en cuestión. La doctrina emanada del comentario del instituto del avenimiento es pacífica en dicho sentido, discurriendo las discusiones doctrinarias solo respecto del alcance de la conciliación a los partícipes o no en el delito. Entiendo que, solo en lo que respecta a la posibilidad de aplicación del avenimiento en la calificación legal acordada, no existirían obstáculos legales para su aplicación.”

⁶ Causa N° A- 339/10 (Reg. Del TIP). “RAMOS, Oscar Ceferino s/Apelación por rechazo de avenimiento” Resolución de fecha 27/12/10.

se constituye en una mera opinión discrepante, que lejos está de poder ser motivo de remoción de un Juez.

En tal sentido en la página 4 de la Acusación, el Procurador General expresa: *“No desconozco que resulta una cuestión particularmente delicada y compleja determinar si un juez puede ser responsabilizado por el contenido de los pronunciamientos judiciales que ha emitido en el ejercicio de su función. Más específicamente se debate acerca de si la causal genérica de remoción, calificada como “mal desempeño” incluye la valoración de la calidad, acierto o fundamentación jurídica de las sentencias dictadas por el magistrado”*.

Observamos entonces, que el Procurador General es quién expresamente consigna la imposibilidad de remover a un juez por el *“contenido de los pronunciamientos judiciales que ha emitido en ejercicio de su función”*, como acontece en este caso. A punto tal, que a renglón seguido del párrafo transcrito precedentemente, dice: *“Tampoco omito que en el análisis del tema debe partirse del reconocimiento de una regla general: los jueces no pueden ser sometidos a proceso de responsabilidad por la interpretación del derecho que realizan ni por el contenido de sus sentencias. Ello como derivación necesaria del principio de independencia, el cual se vería severamente afectado si un criterio de valoración de los hechos o de la ley pudiera ser enjuiciado por el sólo fundamento de reputarlo erróneo o por considerar que una tesis diferente es la correcta según la particular apreciación de quien promueve o decide acerca del pronunciamiento de remoción (Alfonso Santiago (h), “Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales” El Derecho, p. 78 y ss)”*.

Sin embargo y no obstante reconocerse expresamente en la acusación que las cuestiones de interpretación del derecho, el criterio de valoración de los hechos o de la ley, y aquellas vinculadas al contenido de los procedimientos judiciales no podrían ser motivo de remoción de un Juez, el Procurador General, formula, al responder la pregunta que da motivo a esta imputación, es decir si el avenimiento fue debidamente otorgado, una serie de consideraciones que constituyen meras opiniones divergentes y que en definitiva, cuestionan el criterio de valoración de los hechos y en particular la aplicación del artículo 132 del Código Penal plasmados como contenido de una sentencia. Es decir, por un lado nos advierte de modo enfático y expreso aquellas circunstancias ajenas al juicio político, pero luego, y de modo contradictorio, considera esas cuestiones ajenas como eje principal de su acusación y pedido de remoción.

Tal es así que a fs. 40 de su acusación expresa: *“Desde un análisis, al que parece haberse limitado el voto de Flores, circunscripto únicamente a una perspectiva dogmática penal (en el sentido de aplicar las normas del Código Penal y las leyes penales complementarias) **mi opinión** es que no correspondía aplicar la figura de avenimiento al caso concreto por la simple razón de estar expresamente excluida por el agravante con que venía calificada la conducta del imputado. Admito no obstante, que puede tratarse de una cuestión sujeta a interpretación por parte del intérprete...”* (el resaltado nos pertenece).

Emergen -de modo contundente- dos cuestiones centrales que invalidan la posibilidad de admitir siquiera esa acusación. En primer lugar, el Procurador General acepta expresamente que el Juez Flores al receptor el avenimiento

tuvo una perspectiva dogmática *“en el sentido de aplicar las normas del Código Penal y las leyes penales complementarias”*. Con ello el Procurador confirma que se aplicó las normas del Código Penal, en concreto el artículo 132 que se encontraba vigente. En segundo lugar al decir *“en mi opinión”* esta aceptando que existe una cuestión opinable divergente y que esa cuestión opinable esta *“sujeta a interpretación por parte del intérprete”*.

En consecuencia es el propio Acusador, quien de modo contundente nos señala que: *“los jueces no pueden ser sometidos a proceso responsabilidad por la interpretación del derecho que realizan ni por el contenido de sus sentencias”*. Ello como derivación necesaria del principio de independencia, el que se vería severamente afectado si un criterio de valoración de los hechos o de la ley pudiera ser enjuiciado por el sólo fundamento de reputarlo erróneo o por considerar que una tesis diferente es la correcta, según la particular apreciación de quien promueve o decide acerca del pronunciamiento de remoción”, sin embargo de modo contradictorio termina consignando que en este caso se aplica el derecho y que se trata de una cuestión opinable, lo que evidencia claramente la imposibilidad de dar viabilidad a esa acusación a partir de las propias palabras del Procurador General.

No obstante lo señalado, -suficiente para desestimar toda la acusación-, responderemos a las opiniones divergentes del Procurador General para demostrar que el avenimiento estuvo otorgado de modo fundado y acorde a derecho.

El Dr. Flores en su voto y luego el Dr. Jensen al dirimir la disidencia, no hicieron un mero análisis dogmático, como peyorativamente señala la acusación. Así en el

voto del Dr. Flores se lee: *“...Sin perjuicio de la cautela que cabe tener respecto de la aplicación de este instituto y que conforme señala la doctrina, nada garantiza la libertad de decisión de una víctima que puede estar fuertemente condicionada, la audiencia personal llevada a cabo por los integrantes de esta Sala, me ha permitido tener por acreditado que lo manifestado por la joven Carla Figueroa y la propuesta realizada luce real y sincera, libre, sin presiones, y que desea que la causa se termine para lograr una adecuada convivencia familiar, (...). Y en mérito a lo expuesto, en el caso sub-examen considero que la propuesta formulada resulta el modo más equitativo de armonizar el conflicto, no solamente en resguardo del interés de la víctima sino además del hijo de ambos. Negar la posibilidad de avenimiento en tales condiciones significaría sustituir autoritariamente el interés y voluntad de la víctima, por un interés público, que como señala la jurisprudencia, resulta secundario en delitos de esta naturaleza. “Es que si la simple voluntad de la víctima puede evitar “ex ante” la persecución y punición, no se encuentran muchas razones para que no pueda evitarlos “ex post” (Superior Tribunal de Córdoba, Sentencia n° 213, Sala Penal, 25 de agosto de 2011).*

En definitiva, a través de estos institutos alternativos se intenta plasmar las nuevas corrientes en materia de victimología que pretenden una mayor protección a la persona ofendida, sujeto generalmente ausente en el proceso penal, situación que se potencia en el caso de estos delitos (sexuales) por la naturaleza traumática que los mismos implican para la víctima al atender contra su intimidad...”.

Es evidente que el análisis jurídico propuesto no se limitó a la constatación de la presencia de los

presupuestos legales del Art. 132 para que procediera el avenimiento. Estos extremos se constataron, pero además, se tuvo especialmente en cuenta a la víctima y sus deseos. Pensando en ella y en la protección de sus intereses, se realizó la audiencia para conocerla y escucharla, para saber si las pretensiones de que hablaban los escritos presentados por los abogados reproducían fielmente sus intenciones. Y fue luego de ello que, reparando “*en el carácter privado e íntimo del interés protegido*”, se dio preeminencia a lo reclamado por la víctima y se consideró procedente la concesión del avenimiento solicitado.

Además, esta víctima aparecía en el proceso asumiendo un rol particularmente activo, traducido en iniciativas como las de visitar al imputado en su lugar de detención, mandar cartas al TIP, realizar gestiones para casarse, etc. Es decir, se trataba de una víctima que, claramente reclamaba ser escuchada y atendida. Y ello se imponía no solo por su condición de mujer sino -y particularmente- por su calidad de víctima y querellante.

¿ Se hubiera protegido mejor su derecho cercenando su opinión ?, ¿ Debía excluirla de la resolución de un conflicto que le pertenecía de manera especialísima por el carácter privado del interés protegido ?, ¿ Para cuidar a esta víctima había que continuar con el superado criterio de que ella no era un sujeto importante en el proceso penal ?.

Durante mucho tiempo la víctima no fue considerada por el proceso penal, el Estado la subrogaba y ella tenía muy pocas facultades de intervención. En la actualidad, la tendencia está dirigida a revalorizar el rol de la víctima, tanto en el Derecho Penal como en el proceso penal, por eso entendemos que

la protección de la víctima a la luz de las leyes de género no puede implicar el contrasentido de “no escucharla” o de anular sus opiniones so pretexto de su vulnerabilidad.

Sabemos que la víctima puede estar interferida por el hecho, y ello fue debidamente evaluado por el Juez Carlos Flores en su fundamentación, pero ello no la coloca en el lugar de un incapaz, cuyos deseos y opiniones no deben tenerse en cuenta. Esto significaría revictimizarla y excluirla, una vez más, de las posibilidades de intervenir de manera genuina en un proceso que la involucra, y donde se la respete y se la tenga en cuenta verdaderamente. Lo contrario, lleva a caer en la hipocresía de considerar que se resguarda a la víctima cuando la incluimos formalmente en el proceso y cuando al resolver, se toma el recaudo de citar prolijamente las leyes y la normativa marco en materia de defensa de género. Si esta es la “defensa de género” por la que se aboga, pues entonces, muchas mujeres continuarán sintiéndose indefensas, claro que ahora, no sólo frente a su agresor sino también, frente a las posibles respuestas de la ley. El sistema judicial tendrá un conjunto de normas particularmente declamativas y plagadas de buenas intenciones y no faltarán quienes escribirán sobre el avance que ello implica en la legislación, pero no habremos solucionado nada hasta tanto asumamos el compromiso de la aplicación efectiva de esas normas.

Las nuevas concepciones sobre la intervención y participación de las víctimas en el proceso son de una inusitada apertura en la actualidad.

Por otra parte, no debemos olvidar que de acuerdo al artículo 72 del Código Penal: “Son acciones

dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal....”

El hecho de que la “violación” sea un delito dependiente de instancia privada implica que sólo entra en movimiento el procedimiento penal si el mismo es impulsado por la víctima, es decir si ella formula la denuncia correspondiente. De no hacerlo, no existe posibilidad de investigar siquiera este tipo de delitos. Y ello es así -justamente- porque existe un respeto a la intimidad y a la “opinión” de la víctima a punto tal de paralizar y neutralizar toda posibilidad punitiva del Estado.

En algún punto esta posibilidad de la víctima de instar o no la acción penal se constituye en un “avenimiento” “ex ante” que la propia ley recepta y que no ha sido cuestionado en ninguna oportunidad, precisamente por la revalorización y el respeto que el Código Penal, hace del derecho a la intimidad y a la decisión de la víctima cuando se trata de los delitos previstos en el artículo 119, 120 y 130 del Código Penal.

En este caso, la víctima fue escuchada debidamente, a punto tal que se fijó una entrevista para conocer “in voce” y “de visu” su genuina voluntad de aplicar el avenimiento a su agresor. Se la considero como un ser capaz de opinar y de hacer valer sus derechos, y se dictó un fallo que respetó sus pretensiones. Por eso sostenemos la improcedencia de las objeciones realizadas en este punto de la acusación.

Por otra parte, a fs. 50 de la acusación se expresa: *“En el voto de flores se identifica una evidente fragmentación en la valoración de la evidencia, donde la falta de integralidad en el análisis obstaculizó la verificación de la forma en*

que los distintos elementos probatorios se interrelacionaban entre sí. Se analizó en forma aislada e inconexa el relato expuesto por Carla en la audiencia personal, cómo único material probatorio”.

De esa transcripción, emerge en primer lugar, la confirmación de que el Procurador General tiene una mirada distinta en cuanto al modo en que el Juez Flores valoró la evidencia, lo que como ya dijimos reiteradamente, no puede nunca sustentar un juicio de remoción. Pero lo más llamativo es que el Acusador pretende minimizar la audiencia personal mantenida entre Carla Figueroa y el Juez Carlos Flores, como así también consigna -de modo arbitrario- que el único material probatorio para otorgar ese avenimiento, fue esa entrevista personal.

En tal sentido es dable consignar aquí, que con posterioridad a la denegatoria del avenimiento por parte de los Jueces de Audiencia, se sucedieron una serie de hechos, pruebas y circunstancias que modificaron radicalmente el marco que, que esos Jueces de Gral. Pico tuvieron en consideración.

Amén de considerar que en la audiencia realizada por el TIP, Carla Figueroa se mostró diametralmente diferente al modo en que lo hizo frente a los Jueces de Audiencia, debemos considerar que con posterioridad a la denegación del avenimiento aparecieron una serie de circunstancias nuevas y sustanciales para resolver la causa de acuerdo a Derecho como lo hizo el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación.

De modo sintético y con transcripción de lo expuesto por el Procurador General a fs 29 y siguiente destacamos:

“El 6 de octubre de 2011 Carla Figueroa solicita y obtiene la autorización para visitar a Tomaselli en el

lugar de detención...[...] El 12 de octubre 2011 se registra la solicitud de traslado de Tomasselli por matrimonio y su autorización [...] El 18 de octubre de 2011 Carla Figueroa, por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Raúl Quiroga...presentan recurso de Impugnación [...] El 31 de octubre el Defensor técnico de Tomasselli, agrega la partida de matrimonio realizado entre víctima y victimario en el Juzgado de Paz de General Pico el 28 de octubre [...] El 14 de noviembre de 2011, ante la incomparecencia de “la víctima a la audiencia fijada para el día 08 de noviembre”, se dispone constituir la Sala B del TIP en los estrado de la Segunda Circunscripción Judicial...” A ello debe agregarse las cartas remitidas por Carla Figueroa al TIP insistiendo en que se haga lugar al pedido de avenimiento.

A partir de lo expuesto, es dable advertir que la audiencia con Carla no fue la única prueba considerada por el TIP, pero además, demuestra que el escenario y las circunstancias en que debió resolverse el avenimiento por parte del TIP no fueron las mismas que tuvieron en consideración los Jueces de Audiencia de General Pico y ello es fundamental para comprender que las opiniones vertidas por el Procurador General y las interpretaciones asignadas a la prueba, además de ser inadmisibles para la remoción de un juez, resultan parciales, recortadas y arbitrariamente consideradas.

En el fallo se opinó distinto a la Audiencia de Juicio, pero no se desconoció el derecho aplicable y por eso no puede hablarse de mal desempeño ni de pérdida de idoneidad de este magistrado.

En tal sentido la CSJN ha señalado en innumerables ocasiones que “... *los jueces no pueden ser acusados*

en un proceso de responsabilidad política por las consideraciones vertidas en sus sentencias en tanto y en cuanto ellas no constituyan delitos reprimidos por las leyes o traduzcan ineptitud moral o intelectual que inhabilite para el desempeño del cargo”. (fallos, 274:415).

Lo atinente a la aplicación e interpretación de normas jurídicas en un caso concreto, es resorte exclusivo del juez de la causa, sin perjuicio de los recursos que la ley procesal concede a las partes para subsanar vicios o errores en el procedimiento o para obtener reparación a los agravios que los pronunciamientos del magistrado pudieran ocasionarles. No cabe pues, por la vía del enjuiciamiento intentar un cercenamiento de la plena libertad de deliberación y decisión de que deben gozar los jueces en los casos sometidos a su conocimiento, ya que admitir tal proceder significaría atentar contra el principio de independencia del Poder Judicial, que es uno de los pilares básicos de nuestra organización constitucional (C.S.J.N. fallos 305:113).

En esa línea también se inserta, la jurisprudencia de Jurados de Enjuiciamiento. Así, en el caso “Bustos Fierro” (26/4/00)⁷, en el voto mayoritario, se expresa: *“En el juicio político se juzga institucional y administrativamente la inconducta o la incapacidad de los jueces, pero no la dirección de sus actos o el criterio que informa sus decisiones en la interpretación de la ley. (Sánchez Viamonte, Manual de Derecho Constitucional, Kapelusz, 1958, p. 280) (...). La independencia del*

⁷ “La responsabilidad judicial y sus dimensiones” – Tomo 1. ps. 152 y ss. Alfonso SANTIAGO (h.) Director. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma. Año 2006.

órgano judicial tiene su expresión más acabada en el plano funcional en el ejercicio estricto de la potestad jurisdiccional y en el respeto a la libre determinación del Juez. Esa independencia comienza a formularse como una zona de reserva de los jueces y tribunales en el ejercicio de la función de juzgar; la pretensión de Montesquieu al diseñar la doctrina de la división de poderes se orienta en este sentido. La Independencia judicial, desarrollada en sus orígenes en referencia al ejercicio de la función jurisdiccional, también abarcó la independencia de criterio del magistrado, ello con la finalidad de asegurar la garantía de la inamovilidad en las funciones mientras dure la buena conducta. Institucionalizada la doctrina de la separación de poderes, la inamovilidad se convirtió en un elemento esencial de la independencia del órgano judicial”⁸.

También, en el caso *Marquevich*, en el voto de los Dres. Belluscio y Gallia se lee: “al no haber probado la acusación la violación del deber de imparcialidad ni tampoco el ‘apartamiento expreso y manifiesto de las reglas que autorizan la detención durante el proceso’, ni que el real sustento haya sido ‘el puro arbitrio o capricho del juez’, las restantes impugnaciones se basan en el acierto o error de éste al disponer una medida de coerción personal, lo cual no es revisable en el ámbito del Jurado de Enjuiciamiento, máxime cuando la resolución tiene fundamentos razonables”.⁹

La actividad jurisdiccional, siempre incluye una fase valorativa que implicará que el juez, al decidir, deberá sopesar distintas opciones procurando elegir la que mejor realiza la justicia del caso. Por eso, los problemas de interpretación del

⁸ Integraron la mayoría los Dres. Moliné O’Connor, Pardo, Billoch Caride, Ameal y Mikkelsen Löth.

⁹ Caso “MARQUEVICH” (08/6/2004). Santiago, Alfonso. Ob. cit. pág. 174.

derecho deben ser resueltos dentro del Poder Judicial, por vía de recurso ante los órganos superiores. Así la Comisión de Acusación, en un dictamen que representa un criterio pacíficamente asumido por el Consejo de la Magistratura y por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados Nacionales, dijo: *“Sabido es que las decisiones de los jueces, contienen a veces una dosis mayor o menor de opinabilidad la cual, más allá de la amplitud o rigidez del criterio empleado, y del grado de discrepancia que pueda observarse, no puede ser considerada siempre y sin más, como una manifestación del mal desempeño o de delito en ejercicio de su función”*¹⁰

No se puede reclamar por un lado la independencia del poder judicial y por el otro pretender someter a enjuiciamiento a un juez por el criterio usado en un fallo. Por eso, no podría admitirse que la potestad política que supone el juzgamiento de los jueces esté habilitada para inmiscuirse en la tarea jurisdiccional de éstos y formular juicios al respecto (Fallos 300:1326; 277:52; 278:34; 302:102; 303:695).

Por otra parte es fundamental conocer la Jurisprudencia de la provincia de la Pampa cuando tuvo que resolver cuestiones vinculadas a enjuiciamientos de Magistrados, por lo que oportunamente solicitaremos a la Sala Acusadora de la Cámara de Diputados las resoluciones tomadas por la misma, en casos anteriores. De todos modos destacamos que el criterio ha sido justamente el seguido por la Corte en tanto y en cuanto los jueces no pueden ser enjuiciados por el contenido de sus

¹⁰ Dictamen 19/00 de la Comisión de Acusación, expediente 214/99 del 25/4/00, conf. cita en “La responsabilidad judicial y sus dimensiones.” Tomo I, pág. 404. ALFONSO SANTIAGO (h.) Director -Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Año 2006.

sentencias o resoluciones y menos aún, cuando ellas constituyen una cuestión opinable.

La independencia que la Constitución Nacional asegura a los jueces aspira a garantizar que los mismos sean objetivos, neutrales e imparciales al momento de impartir justicia con sus resoluciones, por eso se excluye la posibilidad de que sean apartados de sus cargos por el contenido de sus fallos y/o por los criterios jurídicos asumidos en ellos.

Además, las resoluciones de los jueces están sujetas al control del Superior a través de los remedios procesales fijados al efecto, es decir, por los recursos que fijan los códigos procesales.

Con ello no se pretende tolerar que bajo el amparo de la independencia del poder judicial, los jueces se permitan actuar de manera negligente, infringir la ley o abusar de sus funciones decidiendo al margen y/o en contra de la ley. Los jueces no son impunes y por eso la misma Constitución Nacional tiene previstos mecanismos de saneamiento del Poder Judicial.

Que la comunidad confíe en la ecuanimidad con que los jueces resuelven los conflictos que le son sometidos a su jurisdicción es algo necesario en toda sociedad sana, donde los ciudadanos sienten que se respetan sus derechos y garantías fundamentales. Por eso es tan necesaria la independencia judicial para que los jueces dicten sus fallos en un contexto de tranquilidad, como la honestidad de los jueces para tener la garantía de que no se apartarán de la misión que les fuera encomendada y que es nada menos que la de impartir justicia.

En definitiva, los fallos transcriptos devienen concordantes con los criterios fijados por el propio

Procurador en su acusación, sin embargo soslaya de modo contradictorio la postura asumida en este sentido y termina formulando una serie de apreciaciones y opiniones, que se acercan más al cuestionamiento y fundamentación de un recurso, que a una posible acusación tendiente a la remoción de un Juez.

Por otra parte, tampoco hubo, como se imputa, **“voluntad de contravenir de la ley”** y ello se evidencia toda vez que no existió una aplicación ilegal del texto bajo análisis, no hubo parcialidad ni se dictó una decisión guiada por una finalidad distinta a la de impartir justicia.

Los Jueces actuaron conforme a derecho, despojados de influencias, presiones y/o del conocimiento de datos externos a la causa. Si bien la Fiscalía en todo momento se opuso a la concesión del avenimiento, la víctima siempre discrepó con el Ministerio Público y con voz propia, tomó la iniciativa de petitionar la aplicación del instituto cuya concesión ahora se cuestiona.

Lo cierto es que la resolución dictada por el Tribunal de Impugnación considera que se daban los requisitos exigidos por el artículo 132 del Código Penal para otorgar el avenimiento y para ello expuso de modo claro y preciso los fundamentos de hecho y de derecho considerados a partir de las pruebas y circunstancias obrantes en el expediente.

En este sentido la Acusación se constituye en una mera discrepancia, que además de arbitraria y sesgada, deviene totalmente insuficiente para viabilizar la remoción pretendida.

Tampoco, existen constancias que indicaran

que el Dr. Flores tuviera -frente al tema- una postura previa en contra de las leyes de violencia o de la materia de género. Aquí no hubo animosidad en la apreciación del hecho ni hubo interpretaciones forzadas del derecho, sólo existió una decisión que se fundó en una de las dos opciones sometidas a consideración.

En el derecho, siempre hay cuestiones opinables y cuando el juez elige para fundar su decisión uno de los criterios u opciones legales que autoriza la ley, está actuando conforme a derecho, aún cuando haya inclinado su decisión hacia el criterio jurídico más rígido, el menos actual o el que comparte la doctrina y/o jurisprudencia minoritaria. Y esa actividad valorativa, en la medida en que esté dentro de los márgenes jurídicamente protegidos, no puede dar lugar a cuestionamientos por responsabilidad política. Las cuestiones opinables, los diferentes criterios y/o interpretaciones dentro de un posible grupo de opciones integran, precisamente, el margen de libertad y discrecionalidad propias de la función de juzgar.

En todo caso, esa decisión judicial era revisable. De hecho ello es lo ocurrió en el presente caso donde la concesión del Avenimiento fue recurrida por el Ministerio Fiscal y hoy se encuentra en trámite ante el S.T.J. el recurso de casación presentado por el Ministerio Público. Es más, el Superior Tribunal podrá convalidar o no el criterio asumido por el Juez FLORES y aún cuando revoque su fallo tal eventualidad no podrá tener incidencia en este proceso. El Fallo cuestionado está avalado por argumentos jurídicamente válidos que se podrán compartir o desechar por la Alzada, que es la vía jurisdiccional habilitada para corregir ese pronunciamiento. Pero en ningún caso, la decisión de

la Alzada podrá tener repercusión y/o justificar el reproche que aquí se intenta.

Por eso, lo resuelto no puede autorizar la revisión de un Jurado de Enjuiciamiento. Podrá considerarse que el fallo fue desacertado y/o no compartirse las argumentaciones jurídicas que lo sostienen, pero es precisamente, esa elección legal la que debería estar exenta de la intervención de este Jurado porque se trató de una decisión fundada que aplicó una ley vigente sin desconocer el derecho circundante y en atención a los hechos, pruebas y circunstancias obrantes en el incidente.

V.2. CUESTION DE GÉNERO.

El segundo interrogante que propone la acusación es el de **determinar si el caso debía inscribirse como una cuestión de género.**

Entendemos que sí y que así fue resuelto. La índole del delito involucrado imponía una mirada contextualizada dentro de la perspectiva de género y los jueces no la eludieron. Afirmar que ello no ocurrió -como lo hace el acusador- invocando que faltó una valoración integral de la prueba y que se *“analizó en forma aislada e inconexa el relato de Carla, o por entender que se incurrió en “...la omisión de la invocación del plexo normativo aplicable al diferendo...”*; y concluir desde allí, que esto evidencia *“un notable desconocimiento del derecho aplicable, que es demostrativo de la carencia de las condiciones de idoneidad necesarias para continuar siendo juez”*, implica un razonamiento reduccionista, absurdo, subjetivo y

cargado de preconceptos y prejuicios inadmisibles.

No faltó valoración de la prueba en todo caso, se la merituó de manera diferente a como lo hizo el Dr. Balaguer. En tanto que, tener en cuenta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -Ley 23.179-, la Ley 26485 de Protección Integral para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y/o la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – “Belem do Pará” (1994); no significa que debía negarse la aplicación del avenimiento.

Es cierto que así lo había entendido uno de los Jueces de Audiencia de Gral. Pico, quien considerará que al disponerse en los arts. 9 inc e) y 28 de la Ley 26.485 la prohibición de cualquier forma de mediación, negociación o conciliación entre las partes, no podría evitarse el plenario en casos de violencia de género. Por eso, entendió que el instituto del avenimiento, por cuanto era incompatible con esa normativa internacional, no podía aplicarse al caso.

Esta opinión, aunque respetable, no es la única que ameritan esos textos. De hecho, consideramos que la interpretación que se propone de los arts. 9 y 28 de la Ley 26485 es -como mínimo- fraccionada y parcial.

Para probarlo, comencemos por ubicar en la ley los artículos citados. Así, la Ley 26485, en el Título I, Capítulo II define los organismos competentes. Ese capítulo comienza con el artículo 8° que dice: *“Organismo competente. El Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la presente ley.”* Y sigue con el artículo 9° que dice: *“Facultades. El*

Consejo Nacional de la Mujer, para garantizar el logro de los objetivos de la presente ley, deberá: ... e) Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación;”

Como se advierte, no es tan sencillo ni lineal concluir que el instituto del avenimiento que contemplaba el art. 132 del Código Penal no era aplicable en función del artículo 9 de la ley 26485 que esta referido a la actuación de un organismo estatal que no integra el Poder Judicial y que está inserto en una ley que no es derogatoria de ninguna disposición del Código Penal (incluso eso sí, se dice expresamente en el artículo 41 de la ley, que prescribe: *“En ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes”*).

Lo mismo ocurre con el art. 28 de la citada ley. En primer lugar, debe advertirse que ya en el art. 1° de la ley, al definir el ámbito de aplicación, expresamente se dispone que esta ley 26485 es de aplicación en todo el territorio de la República, *“con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III”*. Y dentro de ese Capítulo II esta el artículo 28.

Ahora bien, nuestra provincia adhirió sin reservas, a la Ley Nacional, mediante Ley N° 2550 de diciembre de 2011. Esto podría haber significado que la ley 26485 adquiriera plena operatividad y fuera de aplicación local. Sin embargo ello no sucedió y en todos los tribunales provinciales -si bien se recepta y se cita la norma nacional- los aspectos procesales, se rigen por la

Ley provincial N° 1918 del año 2002 con las modificaciones incorporadas por Ley 2277 del 2006. Ello así, por la mayor especificidad dispuesta en el procedimiento de la ley provincial y por las dificultades que presenta la aplicación de las cuestiones procesales reguladas en la ley nacional ante los casos de delitos.

Pero además, el citado artículo 28, parece referirse al procedimiento que debería seguirse ante situaciones de violencia que no implicaran la comisión de un delito, y en ese contexto es que se dispone en su último renglón que: *“Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación”*. Es decir que, tampoco de aquí, puede desprenderse -salvo vía de interpretación- que esa prohibición de la ley incluía a la alternativa del avenimiento.

Por lo tanto, la interpretación o el alcance dado a esos artículos es tan respetable como opinable y lejos está de significar que su aplicación era imperativa al caso que nos ocupa. Por otra parte, una interpretación armónica de la ley no debería haber desconocido lo dispuesto en el artículo 16 de la misma ley que tiene un contenido genérico, que no colisiona con ninguna norma provincial y donde se regulan los derechos y garantías que deben regir en los procedimientos judiciales y administrativos. Allí se dispone: *“... Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:*

c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad

administrativa competente;

d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte;

g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa;

Por lo tanto, si asumimos que las disposiciones procesales de esa ley son aplicables, entonces además del art. 28 debió repararse en las previsiones del art. 16 y en las del art. 41, porque aplicar la ley no es hacer una mera cita de artículos aislados y descontextualizados de una norma. Las leyes y políticas de género imponen un compromiso serio y concreto de respetar su espíritu y procurar su aplicación eficaz y ello, no puede considerarse cumplido con la simple enunciación de las leyes vigentes en la materia.

Por eso, disentimos con la acusación en cuanto parece fundar el supuesto “desconocimiento del derecho” en que se “escuchó a la víctima” y en la ausencia de citas de las leyes de género, toda vez que consideramos acertado que se tuviera en cuenta la opinión de la víctima y, en cuanto al estilo de redacción del voto -aun cuando no abunden las citas a normas específicas de la cuestión de género- opinamos que ello no pudo llevar a inferir el desconocimiento de esas leyes.

Los objetivos seguidos por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (**Convención de Belém do Pará**) no deben entenderse como incompatibles con las resoluciones alternativas a los conflictos penales. Del mismo modo, siguiendo a Mario Juliano, se encuentra incompatible, que en nombre de los derechos humanos, se puedan restringir soluciones que los

privilegien, optando por un derecho penal prioritario, que se constituya en la principal fuente de solución de los conflictos.

No debe perderse en la consideración, que como bien señala la doctrina, el sistema de protección de los derechos humanos se integra con normas que se ocupan **tanto de las víctimas** (vgr. Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, Convención sobre los derechos del niño, entre otras) **como de los imputados** (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.) y en voluntad de ello resulta obvio que la atención de intereses usualmente dispares provoque tensiones frecuentes al momento de tener que conciliarlos en su vigencia, por lo que debe hacerse una ponderación de los intereses en juego a los fines de conciliarlos y, en su caso, determinar cuál de ambos debe prevalecer sobre el otro, de acuerdo a un **juicio de proporcionalidad** (Corte Interamericana de Derechos Humanos, causa “Kimel”, párrafo 51).

En virtud de ello, la normativa de la Convención debe ser conjugada en forma armónica con otras disposiciones del sistema de protección de los derechos humanos que justamente, ponen en tela de juicio que todos los delitos deban ser llevados a juicio, como que la pena sea la única reacción estatal aconsejable. (vgr. Directrices sobre la función de los fiscales, “8vo. Congreso de Naciones Unidas sobre prevención

del delito...” La Habana, Cuba, 27 agosto/7 de septiembre de 1990, art. 18).

Y en esto acuerda autorizada doctrina, pudiendo citar junto a Mario Juliano, a Julio Maier, Edgardo Donna, Enrique Bacigalupo, Aida Kemelmajer de Carlucci, Alberto Bovino, Gustavo Vitale, Rubén Quiñonez, Facundo Ávila, Eleonora Devoto, entre muchos otros, que coinciden con esta perspectiva de que la normativa de la Convención aludida, aprobada por ley 24.632 (B.O. 9 de abril del 1996), debe ser consagrada en forma armónica con otras disposiciones del sistema de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, la Ley 24.632 que pone en vigencia esa Convención, fue dictada en el año 1996, es decir, con anterioridad a la modificación introducida al artículo 132 del Código Penal por Ley 25.087 en el año 1999. Esto avala, la vigencia y aplicabilidad de este artículo en el momento del caso, ya que no existe en el país absolutamente ningún fallo que haya declarado la inconstitucionalidad del nuevo artículo 132 del Código Penal puesto en vigor con posterioridad a la vigencia de la Convención de *Belém do Pará*.

Distintos organismos de las Naciones Unidas se han ocupado de poner en claro que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de prisión (vgr. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad. Reglas de Tokio). Como bien sostiene Juliano, no puede perderse de vista que “*las aludidas reglas y directivas, emanadas de las instancias internacionales más elevadas, constituyen **reglas interpretativas** y buenas prácticas aconsejadas para una racional aplicación de la*

*ley penal y a los que nuestro país también se encuentra sujeto. Un tratado o convención interamericana (como lo es la Convención de Belém do Pará) no puede anular o modificar directrices emanadas de un organismo internacional de la jerarquía de las Naciones Unidas. En mérito a ello, se colige que “la obligación de **sancionar** los delitos relacionados con la violencia de género no debe ser entendida como la obligación de penar esas conductas, esto es realizar siempre juicios que culminen con una sentencia...” y concluye que “la obligación aludida es un mandato dirigido a los legisladores, a quienes se les impone el deber de no dejar fuera del catálogo penal la represión de este tipo de conductas, que los Estados signatarios de la Convención han reputado graves. **Pero en forma alguna ese mandato puede reputarse dirigido a los jueces, lo cual implicaría condicionar su imparcialidad y su independencia que, como se sabe, son valores sobre los cuales reposa la legitimidad misma del sistema republicano y de la administración de justicia”.***

El propio texto de la Convención de Belém do Pará es compatible con la interpretación precedente (**art. 7b y 7g**). No es verdad que la Convención establezca una premisa de hierro: juicio indefectible y condena o absolución. Por el contrario, de un modo expreso se contemplan medios de compensación justos y eficaces, diferentes al juicio propiamente dicho.

Por su parte, la **Ley 26.485** (que como se dijo, es complementaria e integrativa de la Convención de Belém do Pará) tiene la misma dirección de política criminal y sirve para interpretar aspectos que pudieran resultar confusos y conflictivos (**art. 2 y art. 16 fundamentalmente**) los que se han tenido en cuenta en la resolución cuestionada y donde no se exige que los

conflictos de violencia de género sólo deban ser resueltos en juicio mediante el dictado de una sentencia.

Es más, la misma ley, dispone en el art. 24 inc. d) que: *“En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia ...”*. Es decir que hay una clara intención -más allá de lo grave y/o traumático del hecho- de respetar la voluntad de la víctima que será la única que podrá, tal como también lo prevé el art. 72 del Código Penal, instar la acción penal (inc. 1º art. 72 Cód. Penal).

Esto se corresponde con la idea, plasmada en el voto del Juez FLORES de que la víctima no puede ser desoída y que así como la ley le permite sustraer su conflicto del derecho penal antes de su inicio, nada debería impedir que – después- existiendo mecanismos dispuestos en ese sentido, pudiera tomar esa misma decisión. Adoptar esta postura, no pudo identificarse con una ponderación parcial de la prueba ni con el desconocimiento del derecho aplicable, menos aún, cuando ese posicionamiento frente al tema no respondía a una cuestión misógina o “machista” sino que obedecía a un posicionamiento que renunciando a un uso expansivo del poder punitivo, aboga por un derecho penal mínimo y eficaz. Postura que, además, cuenta con respetables seguidores. Al respecto, la autora del proyecto, la diputada María Perceval en el debate parlamentario de la Ley 26485 señaló: *“...El espíritu de esta norma se ha debatido largamente. En un momento buscamos el camino de penalizar todo lo que significaría discriminación y desigualdad contra la mujer. Pero esto no es una norma penalizadora. No estamos inflacionando el Código Penal ni estamos inventando un derecho del enemigo. Estamos elaborando una ley de prevención,*

sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, apostando a la transformación cultural y a una revolución pacífica de las relaciones de poder. Estamos diciendo que el problema es social... entonces huimos de la fiebre penalizadora... Entendimos que es necesario fortalecer medidas extrapenales para construir la cultura de la no violencia... hemos elaborado una norma que es una herramienta de construcción de políticas públicas”¹¹

No puede soslayarse, además, otra controversia advertida por la doctrina, la que se presentaría en aquellos casos en que la víctima no demuestre interés en la persecución penal y se muestre satisfecha con una solución alternativa al conflicto. Es necio pensar que la víctima no pueda descartar el derecho penal y que para que consiga protección haya que obligarla a denunciar y someterse a un proceso penal. Hay muchos motivos para no recurrir al sistema judicial y esto puede ser una opción válida, fundada en que no todas las personas están dispuestas a someter su vida al escrutinio público.

En esos casos, de respetar el interés de la víctima, ¿Incumpliría el Estado Argentino los compromisos contraídos? ¿Si todos los casos de violencia de género debieran ser llevados a juicio aún contra la voluntad de los propios interesados, no podría ello entenderse como una forma indirecta de discriminación? ¿El hecho de ser víctima debe llevarnos indefectiblemente a no considerar la opinión de quien revista ese rol? Si lo entendemos así, debemos concluir en que, cada vez que una mujer sea víctima de un delito que merezca la clasificación de “delito de género”, no deberá ser oída y habrá que considerarla

¹¹ Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.485. La ley. Agosto 2009. N°7.

una incapaz que no puede tomar decisiones por sí misma y a la cual el Estado debe suplir en su voluntad. Estas conclusiones, como mínimo, no parecen razonables.

Entendemos que deberá estarse a las denominadas **reglas de armonización**. Es difícil lograr que todos los derechos, reglas institucionales, principios y valores se realicen de igual modo, ya que por su carácter relacional, cada derecho concedido a una parte es una quita del derecho a otra.

La respuesta debe estar dada a partir de la admisión de la necesidad de coherencia que deben tener las directivas internacionales en materia de derechos humanos. Y si bien es cierto que, en general, los derechos compiten entre sí, no todos lo hacen al punto de autorizar la supresión de otro. O como dice Ricardo Lorenzetti, *“la competencia entre derechos no lleva al extremo de derogar el contenido mínimo que hemos denominado ‘garantías’...”* (Teoría de la decisión judicial, pág. 256, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006).

En definitiva, la ley 24632 que aprueba la Convención de Belem do Pará y la ley 26485, no permitían concluir que había sido derogada la figura del artículo 132 del Código Penal.

Por su parte, la ley 26.485 tampoco deroga la figura del avenimiento ni ninguna otra previsión penal y, los aspectos procesales de esa Ley no están siendo usados en los tribunales provinciales, donde por el momento y por una invocada mayor especificidad, se sigue usando el procedimiento dispuesto por la Ley provincial 1918.

Todo este contexto normativo, permitió que la decisión asumida con aquél fallo, tuviera suficiente y debido

respaldo legal. El artículo 132 del Código Penal se encontraba vigente y en este caso fue interpretado de modo armónico con la legislación y los tratados referidos a la cuestión de Género. Aquí también el alcance dado por la Acusación a las leyes de Género se constituye en una mera opinión -respetable como tal, pero que en nada invalida la mirada diferenciada que formulamos en este acápite.

V.3 MUERTE DE LA VICTIMA.

Finalmente, el tercer eje de la acusación, propone dilucidar **“si el resultado que se produjo como consecuencia del dictado del fallo, la muerte de la víctima, era previsible”**.

En este punto comenzamos por manifestar nuestro total desacuerdo con la consigna, afirmando que no puede adjudicarse al fallo ninguna posibilidad de nexo causal con el desgraciado episodio que posteriormente protagonizó Tomaselli.

Vincular el avvenimiento con el resultado muerte, además de forzado e improcedente; implica cierta remisión a “teorías peligrosistas” del derecho penal, ampliamente superadas por la doctrina y jurisprudencia actual.

Es necesario destacar la concepción ideológica que trasunta la pregunta que formula la acusación, puesto que ello evidencia una mirada sustentada en una concepción positivista, nacida con Spencer y seguida en nuestro país por autores como Eduardo Wilde (1844 – 1913); Eusebio Gomez, José Ingenieros, entre otros.

“El positivismo estaba superado ya en Europa como idea filosófica hegemónica cuando alcanzo su cenit

en nuestras tierras a principios del siglo XX [...] Sin duda, los positivistas argentinos se sentían, según el esquema spenceriano, los más aptos, la elite, el cerebro del organismo social, los moralmente virtuosos...” (Elbert, Carlos Alberto. “Manual Básico de Criminología. Eudeba. 1988. Pág 59 y siguientes).

El positivismo en el ámbito penal tuvo varios intentos de legislar sobre el “estado peligroso y peligrosidad delictiva”. Es decir parte de una concepción fuertemente reaccionaria y estigmatizante de las personas, haciendo hincapié en un derecho penal de AUTOR y no de acto, donde las personas responden penalmente por lo que son y no por lo que hacen.

En algún punto, la mirada de la Procuración General en cuanto exigir que el Juez debió advertir que Tomaselli era un asesino en función de sus rasgos psicológicos y de su conducta previa, reposa en ese positivismo y constituye - además de una concepción superada en la moderna dogmática penal respetuosa de las garantías y los Derechos Humanos-, un modo de entender los derechos y garantías de los ciudadanos posicionada en el Derecho Penal de Autor que resulta alarmante si tenemos en cuenta la entidad del cargo que ocupa el Acusador.

Es cierto que la concesión del avenimiento daría lugar a que Tomaselli obtuviera su libertad, pero no fue determinante del homicidio y por eso, esa muerte debe ser analizada de manera autónoma, puesto que desconocemos aquí las motivaciones que la desencadenaron.

En efecto, en una técnica criticable e impropia desde lo jurídico, se pretende hacer una especie de operación matemática donde se concluye que el otorgamiento del

avenimiento indefectiblemente dio lugar al resultado muerte. Se coloca así, al juez, en un lugar cercano al del “instigador”, como si su decisión hubiera sido una especie de autorización para la comisión de ese homicidio.

El avenimiento permitió que a Marcelo Tomaselli se le suspendiera la prosecución de la causa existente en su contra por el delito de abuso sexual agravado, en un todo de acuerdo a lo previsto en el artículo 132 del Código Penal. Se le suspendió el proceso penal seguido en su contra, en los términos del art. 76 ter del C.P., con expresa imposición de reglas de conductas tendientes a evitar nuevos hechos de violencia de género y bajo expreso apercibimiento de revocación en caso de incumplimiento; pero no se lo determinó a cometer otro delito.

No puede atribuirse a una decisión judicial que favorece al imputado en un caso concreto, el ser una autorización dada al mismo para cometer futuros delitos.

Las estadísticas expuestas en la acusación (aun cuando desconocemos su rigurosidad científica) no dejan de aportar un dato alarmante que no pretendemos desconocer. Coincidimos en que la violencia de género es un problema social mundial y que la creciente criminalización de éste, como de cualquier otro problema social, es uno de los indicadores de la importancia que el tema va adquiriendo en la actualidad.

Sin embargo, disentimos con el abordaje propuesto desde la Acusación donde parece sugerirse que todas las respuestas se darán con la aplicación del derecho penal. Esto forma parte de cuestiones de política criminal tan respetables como opinables. No descartamos la necesidad del derecho penal

frente a la alternativa de cualquier delito, pero en este tópico - siguiendo a Elena Larrauri- coincidimos en que si bien hay otras formas de mostrar el rechazo social hacia ciertos conflictos, “... en nuestras sociedades el derecho penal se ha convertido en el símbolo de jerarquía de los problemas sociales (Pitch, 1985), o expresado en otros términos, la importancia de un problema social viene determinada por su nivel de castigo (McDermott-Garofalo, 2004:1262). De ese modo, “... cada vez que hay un problema social se acude al sistema penal y se decide crear un delito para combatir la conducta que no nos gusta. En otras ocasiones si el comportamiento ya está en el código penal, se elevan las penas como si ello fuera a solucionar el problema. Esta forma de actuar por parte de los políticos es en cierta medida paradójica porque en opinión de los expertos criminólogos en general el aumento de penas nunca ha demostrado ser eficaz respecto de la reducción de delitos”.

“Además de las discusiones genéricas sobre la ineficacia de la severidad de la pena debe añadirse una reflexión relativa a los delitos de violencia doméstica aportada por Stangeland (2005): en los casos más dramáticos que acaban con el homicidio de la mujer, la pena es de 15 años y a pesar de esto en numerosas ocasiones la persona llama a la policía para entregarse, o se suicida. En estos ejemplos puede verse que la amenaza de la pena no representa disuasión alguna. Si intentamos valorar la efectividad de la intervención penal por su impacto en la disminución del número de mujeres muertas por su pareja parece evidente que ésta no ha producido ninguna correlativa disminución de homicidios.”

Con estas formas de abordaje, el Estado

pasa a afrontar los problemas sociales con el recurso al sistema penal en lo que ha sido certeramente descrito como ‘governar por medio del delito’ (Simon, 1997). Entonces existirá poca inversión en todo lo que pueda cambiar la pobreza, dependencia y precariedad de las mujeres, pero tendremos cada vez más leyes penales para proteger a la mujer (Coker, 2001).

En cualquier caso, coincidimos con Larrauri, en que *“no debería caerse en la trampa de estimar positivamente la ley por el hecho de que aumenten el número de denuncias. Cualquier medida que defina el éxito por cómo se incrementa el tamaño del problema no puede tener ningún valor a largo término. Debe repetirse una vez más que el objetivo es disminuir la violencia contra las mujeres, no aumentar el número de denuncias penales.”* (Larrauri, Elena. “La intervención penal para resolver problemas sociales” – 06/4/2011 en Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, publicado en la web.)

No hablamos de excluir las respuestas punitivas sino de que, ante el problema social que representa la violencia de género consideramos que deben hacerse abordajes interdisciplinarios. Además, el conocer o no, las estadísticas expuestas en la acusación o la estandarización de señales que indicarían la presencia de una persona violenta, según un autor determinado; no es sinónimo de falta de dominio sobre el tema, ni de desconocimiento de las leyes o de la problemática de género. En todo caso, el voto del Juez Flores evidenció una toma de postura sobre el tema que no desconoció la gravedad del problema, sino que difirió en los mecanismos que consideró idóneos para abordar -en el caso concreto- este grave problema social.

El homicidio de Figueroa es un nuevo delito que, como tal, integra un legajo o expediente distinto y donde la justicia deberá pronunciar otra sentencia. Y esto prueba la improcedencia de este proceso donde se pretende responsabilizar a un juez por un suceso posterior e independiente de su decisión. El juez no puede ser garante de la buena conducta futura de las personas que en algún momento estuvieron sometidas a su jurisdicción. La justicia penal resuelve sobre hechos consumados, no interviene de forma preventiva y tampoco puede hacerlo respecto del inmenso abanico de acciones que, a futuro, podrían ejecutar los que fueron sometidos a ella.

Si cada juez que, por ejemplo, excarcela a una persona tuviera que responder ante el incumplimiento posterior de ese imputado a las reglas impuestas, el instituto de la excarcelación se convertiría en una ficción jurídica porque ningún juez asumiría el riesgo de permitir que una persona estuviera en libertad mientras dura el proceso en su contra. De este modo, no solo los institutos procesales se convertirían en ficciones sino que, lo que es mas grave aún, eso sucedería con las garantías constitucionales que justifican la existencia de los mismos. Es decir, la garantía de que nadie puede ser penado sin juicio previo se desdibujaría si la persona sospechada perdiera la posibilidad de esperar el resultado de su juicio en libertad y, consecuentemente con ello, la prisión preventiva se desnaturalizaría dejando de ser una medida cautelar para convertirse en un verdadero adelanto de pena.

Es de estimar que nadie que se precie de vivir en un sistema democrático defienda estos conceptos porque

ideológicamente, la resignación de garantías individuales será rechazada por todos aquellos que defiendan la vigencia de un Estado de derecho. Entender lo contrario implicaría estar dispuestos a tolerar que los jueces tengan un poder excesivo y la posibilidad de regular la vida de la gente más allá de los límites constitucionales. De ese modo, el juez, haciendo un análisis de futurología podría decidir que alguien permaneciera detenido, ante el riesgo de que vuelva a cometer un delito.

Entendemos que el Procurador General, no alcanza a comprender que esta postura de pretender hacer responsables a los jueces, de modo arbitrario, de las consecuencias que sus sentencias pueden acarrear fuera de las cuestiones legales que les toca resolver, se constituye en un argumento que bien podría tenerlo como blanco al propio Procurador y a los Fiscales en su conjunto. Nos preguntamos qué pasaría si se formula una denuncia por amenazas de muerte ante una fiscalía, y luego esa amenaza se concreta en muerte, aún cuando el fiscal de turno haya impulsado la investigación. Es evidente que, con el criterio que aquí sostiene el Procurador tendríamos un argumento para destituir al Fiscal en cuestión.

Finalmente, no puede pasarse por alto, que si bien se hizo lugar al avenimiento, **no se ordenó conceder la inmediata libertad a Tomaselli** sino que, en el punto 2do del resolutivo cuestionado se delegó en la Audiencia de Juicio de la ciudad de General Pico “... la ***imposición de las reglas de conducta pertinentes*** y por el término que estime corresponder, a fin de verificar la efectiva convivencia de los nombrados y la ***implementación de controles asistenciales y psicológicos***

tendientes a evitar la producción de nuevos hechos de violencia de género entre los ahora consortes – art. 76 ter. del C.P.–, todo ello bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento injustificado, se revocará la medida ordenada y se proseguirá con el trámite del juicio en legal forma”.

Es decir, en ningún momento los integrantes de la Sala B del TIP ordenaron la libertad de Tomaselli. Resolvieron hacer lugar a la aplicación del avenimiento y dispusieron la realización de una serie de actividades de protección a la víctima que delegaron en los Jueces de la Audiencia de Gral. Pico. Pero no ordenaron que se hiciera efectiva, de manera inmediata, la libertad de ese imputado y de hecho esa posibilidad no era una consecuencia irremediable del fallo del TIP, porque esa Resolución era apelable y de hecho ello ocurrió.

En efecto, contra la resolución del TIP, la Fiscalía interpuso recurso de casación que actualmente se encuentra en trámite por ante el S.T.J.; de modo tal que nada obligó a los Jueces de la Audiencia a conceder esa libertad sin haber estado firme la Resolución dictada.

Esto no pretende ser un desvío de responsabilidad, pero debemos mencionarlo porque en la acusación se pretende ligar el resultado “muerte” a una decisión judicial. Por eso, con el mismo criterio, podríamos decir ahora, que no fue la decisión de conceder el avenimiento, sino la decisión de otorgar apresuradamente esa libertad (insistimos, no ordenada por los jueces del TIP) lo que determinó el desgraciado resultado.

Por supuesto que no compartimos esta conclusión y no pretendemos que el “banquillo” se complete con magistrado de la Segunda Circunscripción. Pero debemos

mencionarlo porque tan absurdo sería ello como admitir que debe separarse del cargo al Juez Flores.

VI. ENCUADRE JURÍDICO.

Sin perjuicio de la nulidad planteada respecto a la acusación por deficiencias en el encuadre jurídico, las que damos aquí por reproducidas, consideramos a todo evento y de modo subsidiario que el Procurador General “*acusó al magistrado por mal desempeño en sus funciones al dictar una resolución judicial contraria al plexo normativo vigente que permitió la libertad de un acusado de un grave delito en el contexto de violencia de género, que desencadenó en el femicidio de Carla...*”. Ello en base a lo prescripto por los arts. 113 de la Constitución de la Provincia y 21.1; 21.3; 22.5; 24.5 y 24.11 de la Ley 313”.

Esta es la primera y única ocasión a lo largo de esa acusación en que el Sr. Procurador subsume, aunque solo formalmente, la conducta del Juez en las alternativas de delitos puntuales.

Es decir que, en principio estamos ante una acusación por “mal desempeño” pero de esas enunciaciones, no desarrolladas en la acusación, parece desprenderse que el mal desempeño es imputado en virtud de considerar que se ha incurrido en la comisión de delitos, que como hemos consignado, resulta un absurdo inadmisibles basado en errores conceptuales inaceptables.

La Ley 313, en su artículo 21 establece que: “*Son causas de remoción de los funcionarios comprendidos en la presente ley las siguientes... 1) Mal desempeño de sus funciones;...; 3) La comisión de delitos*” y el artículo 22 consigna las causales del

mal desempeño expresando: “*Constituye mal desempeño de sus funciones: ... 5) Las que se determinen en otras leyes.*”

Por su parte, el artículo 24 dispone: “*Los delitos por los cuales son acusables ante el Jurado los funcionarios indicados en la presente ley, siempre que fueren cometidos con motivo del ejercicio de sus funciones, son los siguientes: 5) Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos; y 11) Prevaricato.*”

Sabido es que el Jurado deberá pronunciarse sobre todos los extremos propuestos y fundados en la acusación, por lo tanto, si se pretende acusar sosteniendo que ha existido la comisión de un delito y/o mal desempeño, todo ello debe ser explicado para que la defensa pueda refutar y para que el Jurado pueda emitir un pronunciamiento fundado.

En este caso nos detendremos a evaluar lo atinente al mal desempeño previsto en el artículo 21 y 22 de la Ley 313.

Por su parte, en lo referente a los delitos enunciados, cabe advertir que no se hace ninguna referencia puntual en todo el escrito acusatorio, no hay alusiones a la configuración de los tipos penales aludidos ni a la presencia de extremos ineludibles como el dolo o la culpa. Es decir, no hay ni siquiera un atisbo de fundamentación sobre los datos que llevan a imputar esas conductas delictivas y no se hace una adecuada subsunción legal de lo imputado en los artículos pertinentes del Código Penal. Todo esto, impide el ejercicio adecuado de la defensa que, para defender debe ingresar a evaluar una serie de hipótesis defensivas ante una acusación deficiente por amplia e inconclusa.

Como ya lo señalamos, estos defectos en cuanto a la calificación legal se originan en una confusión conceptual que se advierte con la simple transcripción de acertos falaces volcados en la acusación. *“Su función no es la de aplicar la ley penal, sino determinar a partir de un juicio de certeza moral, si el Magistrado del Tribunal de Impugnación Penal –en este caso- ha incurrido en mal desempeño aún en el supuesto de que su conducta pueda ser sospechada y encuadrada en la comisión de un delito, ya que el delito como causal de enjuiciamiento es una variable del mal desempeño. En tal inteligencia debe ser considerado que la propia ley 313 menciona como “abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos” por un lado y “prevaricato” por el otro y que puede englobarse en el mal desempeño. Y esto no sólo tiene que ver con la naturaleza jurídica del órgano juzgador, sino con la finalidad del mismo, ya que una misma conducta puede ser considerada “delito” para la Ley de Enjuiciamiento y no constituir delito para la legislación penal...”* (fs 63 del escrito de acusación)

Por otra parte, es dable recordar que el Tribunal de Enjuiciamiento por resolución de fecha 14 de mayo de 2012 resolvió en el apartado 3º) Ordenar la formación de causa (art. 32 de la ley 313) contra el Juez del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia de La pampa, Dr. Carlos Antonio Flores por mal desempeño (arts. 21, inc. 1º, y 22, de la ley 313)...

Es decir el Jurado de Enjuiciamiento definió claramente la calificación legal de los hechos como “mal desempeño”, mientras que el Procurador pretende calificar los hechos como delitos pero consignando que no son delitos penales sino una variable del mal desempeño. Es aquí, donde afecta el

Derecho de Defensa y Debido Proceso puesto que no determina de forma clara la calificación legal y el encuadre preciso del hecho imputado.

A partir de lo expuesto analizaremos el mal desempeño en función de lo establecido en los artículos 21 inciso 1° y 22 de la Ley 313.

El artículo 21 inciso 1° de la Ley 313 establece que: “son causas de remoción de los funcionarios comprendidos en la presente ley las siguientes... 1) Mal desempeño de sus funciones. El artículo 22 consigna las causales del mal desempeño expresando: “Constituye mal desempeño de sus funciones:... 2) Incumplimiento **reiterado** de los deberes inherentes al cargo; 3) Incompetencia o negligencia **reiterada** de los deberes inherentes al cargo.

Teniendo entonces en consideración los caracteres del tipo legal referido para configurar el “mal desempeño” según la ley, consignaremos a continuación las razones por las cuales entendemos que el “hecho” imputado no resulta encuadrable en los artículos 21 inciso 1 en concordancia con el 22 inciso 2 y 3 de la Ley 313.

Ante la imprecisión del concepto “mal desempeño” la propia ley 313 otorga en el artículo 22 incisos 2 y 3 algunos elementos para su definición. En tal sentido consigna como tal, el incumplimiento **reiterado** de los deberes al cargo e incompetencia o negligencia de los deberes inherentes al cargo.

Destacamos desde ya que ninguno de estos supuestos puede serle adjudicado al Juez Carlos A. Flores a partir de la Resolución Judicial de fecha 2 de diciembre de 2011.

Rafael Bielsa: consigna que la expresión

tiene una latitud considerable y permite un juicio discrecional amplio por involucrar la falta de idoneidad no sólo profesional o técnica, sino también la moral, todo lo que determine un daño a la función y por ende a la gestión de los intereses de la Nación” (Bielsa, Rafael, Derecho Constitucional, Depaña, Bs. As. 1954. p.483).

Por otra parte la Corte Suprema señaló que los jueces no pueden ser acusados en un proceso de responsabilidad política por las consideraciones vertidas en sus sentencias en tanto y en cuanto ellas no constituyen delitos reprimidos por las leyes o traduzcan una ineptitud moral o intelectual que inhabilite para el desempeño del cargo (Fallos 274:415).

En este caso tenemos entonces una Resolución Judicial que no constituye delito y que no traduce una ineptitud moral o intelectual que inhabilite al Dr. Carlos A. Flores para el desempeño de su cargo según los fundamentos y motivaciones expuestos a lo largo de este escrito de Defensa. Por lo que no tiene sentido reproducir aquí nuevamente los mismos.

Sin embargo nos proponemos en éste acápite analizar lo atinente al **Carácter Reiterado de la Conducta que exigen ambos incisos del artículo 22 de la Ley 313.**

“Parte de la doctrina, sostiene que el manifiesto apartamiento del derecho vigente, para configurar causal de “mal desempeño” debe ser reiterado, pues nadie en principio esta exento de incurrir alguna vez en error. Afirma Vanossi: “Tan sólo en casos reiterados de error inexcusable y

manifiesto, o en supuestos probados de iniquidad rotunda, cabría pensar en el acudimiento a las reglas que regulan la remoción de los magistrados judiciales (Vanossi, Jorge R. La Responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones, LL, t 2002-A-373)

Sin embargo más allá de las divergencias Jurisprudenciales y Doctrinarias existentes al respecto, en el caso de la provincia de La Pampa ha sido la propia ley 313, la que al tipificar los rasgos del “mal desempeño” exige la reiteración de las conductas.

A partir de ello, existe en este caso un primer impedimento para viabilizar la acusación ya que el hecho imputado consiste en una UNICA resolución judicial, la que fuera determinada como hecho imputable.

Para justificar la inexistencia del carácter de “reiterado” que exige la ley 313, el Procurador General recurre a una serie de opiniones vertidas por doctrinarios las que podemos sintetizar con lo consignado a fs. 65 de la acusación –IX-: *“En una aproximación para determinar la existencia de la responsabilidad funcional, puede afirmarse que “el mal desempeño no exige necesariamente pluralidad de conductas; a veces basta una sola cuando por su gravedad y circunstancia alcanza a perfilar aquella causal de enjuiciamiento y destitución (ED, 138-606)”*. Luego de esta cita, el Procurador transcribe una serie de opiniones dogmáticas y un fallo del Tribunal de Enjuiciamiento y con ello pretende sortear el texto de la ley.

La función del Ministerio Público es la de velar, en representación de la sociedad, por el respeto a la ley y el

cumplimiento de la misma. Por esta razón deviene inaceptable que en esta oportunidad el Ministerio Público pretenda soslayar la LEY 313, con meras citas y opiniones de autores reconocidos.

En una discusión académica, podemos acordar o disentir si para el mal desempeño es necesaria la reiteración o no. Sin embargo en este caso estamos en presencia de una LEY que exige indefectiblemente el carácter **reiterado** de la conducta para considerarla “mal desempeño”.

El Ministerio Público en su condición de guardián de la LEY y la LEGALIDAD, no puede soslayarla con opiniones genéricas y vertidas en un contexto donde la LEY no exige reiteración. No puede el Ministerio Fiscal desatender los preceptos que emergen de la LEY con citas en opiniones doctrinarias, de las que no se conoce el contexto. Seguramente esos autores, que consignan que no es necesario la reiteración para configurar “mal desempeño” modificarían su opinión si a su creencia se le antepusiera el texto de la LEY 313.

Lo cierto es que en la provincia de La Pampa el “mal desempeño” debe ser reiterado y no podemos permitir que el Procurador General se desentienda en este sentido de aquello que la LEY exige, porque aquí si estará incumpliendo el sentido y finalidad de su función, que es en definitiva el cumplimiento de la LEY.

En consecuencia tratándose de un solo hecho, constituido por una Resolución Judicial, no resulta posible concluir que existe en este caso la “reiteración” exigida por la Ley 313 y en consecuencia, debe ser desestimada la Acusación.

Además, aunque no aparece desarrollado en

la acusación, (extremo que motivó nuestro agravio y pretensión de nulidad ya fundado) parece desprenderse -de esa ligazón que se hace entre la muerte de la víctima y la concesión del avenimiento- que el “mal desempeño” imputado derivaría de la comisión de delitos.

Aquí debemos reparar en que en el último párrafo del Punto VI.4 (fs. 62 de la acusación), se cita textualmente: *“En síntesis, considero que del análisis efectuado en los puntos que anteceden, se puede advertir **la presunta conducta penalmente reprochable** que surge de la sentencia en cuestión, ...”* (el resaltado es nuestro). Sin embargo, al abordar el Punto VIII donde se aduce que se hará el encuadre legal, se hace un desarrollo particularmente confuso pretendiendo establecer una especie de “delitos” que serían de competencia de ese Jurado Juri pero que no se corresponderían con los delitos del Código Penal.

Es por ello, que a modo subsidiario, y mas allá de considerar que la acusación no atribuye delitos alguno, aunque lo insinúa de modo confuso y con clara afectación del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, estimamos pertinente formular unas breves consideraciones al respecto.

La Ley 313, **en ningún artículo “crea figuras delictivas”**; en el art. 24 se alude a ilícitos ya existentes en el Código Penal, mencionando en el inciso 15) *“Cualquier otro hecho peculiar al cargo que desempeña, calificado como delito por la legislación vigente”*.

Es decir que, conforme a lo dispuesto en esa Ley, no puede hablarse de que la misma aluda a hipótesis delictivas que puedan ser tales para la ley y no serlo,

simultáneamente para el Código Penal. Además, esto -con todo respeto- sería un absurdo que afectaría el principio de legalidad desconociendo el sistema de “*numeros clausus*” receptado por nuestro Código Penal y de raíz constitucional (art. 18 CN). No puede haber opciones de “interpretar como delitos” hechos que no lo son para el derecho penal.

Aquí parece haberse confundido la competencia para el juzgamiento con la materia a juzgar. Vale decir, es cierto que el Jurado de Enjuiciamiento no es un Tribunal Judicial y que por ende, su función no es la de aplicar la ley penal. Pero ello no quiere decir que, para juzgar el posible “mal desempeño” en la comisión de un delito, se aparte de lo que se considera como tal en el Código Penal. Si el Jurado de Enjuiciamiento considera que se ha configurado -por ejemplo- el delito de abuso de autoridad o el delito de prevaricato, deberá remitirse -indefectiblemente- al Código Penal para justificar la presencia de esas alternativas delictivas. Por supuesto que el Jurado no aplicará una sanción penal sino que deberá remitir, tal como prevé la propia ley 313 en el art. 45, las actuaciones al Juez competente, pero ello no significa -insistimos- que, cuando el Jurado hable de delitos se refiera a situaciones distintas a las que, como delitos, están previstas en el Código Penal. Y por eso, en la acusación debió fundarse cuáles eran las acciones típicas, antijurídicas y punibles que se pretendían imputar.

De todos modos, aun cuando no sabemos bien de qué defender al Juez Flores, porque se habla de “prevaricato” (art. 269 del Cód. Penal) pero también se menciona “abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos”, que es el título de todo un Capítulo del Código de fondo

(arts. 248 a 253 ter); estimamos atinado formular algunas consideraciones al respecto.

Así, en una tarea de mera deducción, nos permitimos “suponer” que la acusación pretende imputar la posible comisión de los delitos de abuso de autoridad en los términos del art. 248 y de prevaricato del art. 269. En función de ello, es decir, de esta especulación, haremos algunas breves consideraciones refutando la presencia de estas alternativas delictivas y con los reparos aquí formulados

Ambas figuras resguardan, como bien jurídico, la administración pública, protegen así, la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, los cuales pueden verse comprometidos por actos arbitrarios realizados por los funcionarios públicos. Por eso ambas figuras son dolosas.

En el caso del abuso de autoridad, contemplado en el art. 248 del Código Penal se pune al *“...funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiese”*.

Es decir que la ley tipifica aquí tres conducta: 1) dictar resoluciones contrarias a las constituciones o a las leyes; 2) ejecutar ordenes contrarias a las constituciones o leyes; y 3) omitir ejecutar leyes cuando tiene obligación de ello.

En todos los casos, se requiere que la acción se lleve a cabo a sabiendas de la contrariedad, es decir, con el fin específico de violar las leyes. Por eso, vemos la imposibilidad técnica de imputar este delito. Es evidente que con su actuación,

el Juez no traicionó la confianza depositada en él por los poderes públicos ni violó ninguna ley, ya que de hecho aplica una ley vigente del Código Penal, más allá de la opinión divergente del fiscal en cuanto considerar que ello no era aplicable al caso concreto.

Lo mismo ocurre con el delito de prevaricato (art. 269 CP) que tipifica como tal la conducta de “...*el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresamente invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas hechos o resoluciones falsas*”. Aquí también, la ley alude a un apartamiento deliberado, intencional y manifiesto de la ley aplicable al caso. Incluso, la figura no abarca aquellos casos en que se tratan cuestiones opinables en la aplicación del derecho a un caso concreto. Por eso, para imputar un hecho bajo esta figura, “...no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Y para ello será igualmente preciso investigar los “motivos” que pueden haber torcido el pronunciamiento...” (JEMF de la Plata 12-5-98, “V. A. B s/Enjuiciamiento”).

Es evidente que en nuestro caso, no se dan los requisitos típicos mínimos para que pueda atribuirse -con cierto margen de seriedad- alguna de estas alternativas delictivas ni ninguna otra. FLORES actuó en el marco de sus funciones y en virtud de la obligación legal que el cargo le imponía. Como juez debía resolver la controversia planteada y así lo hizo. Su decisión, puede cuestionarse, pero a la luz de las constancias de la causa, en modo alguno puede siquiera sospecharse que tuvo alguna intencionalidad alejada de la ley y así lo ha entendido ya ese

Jurado en la Resolución de fecha 14 de mayo de 2012 en la que da traslado de la acusación con fundamento el artículo 21 y 22 de la Ley 313 sin formular absolutamente ninguna consideración delictiva.

Este Juez actuó libre de condicionante y/o motivo que pudiera haber desviado su opinión y más allá del acierto o no de esa resolución, no alteró el contenido de la ley.

VII. EN SINTESIS:

Conforme lo dicho hasta el presente y sin perjuicio de los extremos que se argumentarán y probarán en el Debate, podemos concluir que la actuación del Juez FLORES:

- **Mantuvo la igualdad entre las partes**: tanto la defensa como la Fiscalía pudieron exponer sus argumentos y ello impide que pueda sostenerse que se dio prioridad a los intereses de una parte por sobre la otra o que se haya querido favorecer al imputado en contra de los intereses de la víctima. De hecho víctima y victimario confluían en un mismo interés, al menos técnicamente así lo habían esbozado y los jueces se preocuparon por corroborar que esa postura no hubiera sido producto de presiones sobre una de las partes.

- **Existió así, una actuación imparcial** que es uno de los presupuestos más importantes de la función jurisdiccional.

- **Se dictó un fallo fundado**, que no aparece como una decisión basada en la arbitrariedad del juez ni despojada de fundamentación, sino que se trata de un fallo que apoya sus

conclusiones en cuestiones de hecho y derecho, las que, aún cuando puedan ser opinables, no dejan de ser conclusiones jurídicas.

- **No hubo apartamiento de la ley**, el juez no dejó de lado el derecho aplicable al caso y con fundamentos aparentes erigió su voluntad como única fundamentación del caso o sustento de su resolución.

- **Se aplicó la ley vigente**. La alternativa del avenimiento (art. 132 del C.P.) era ley vigente al momento del dictado del fallo. Que el caso pudiera merecer otra mirada u opinión es otro tema. La solución dada no se aparta del derecho, no es irracional y tampoco puede sostenerse que estuvo guiada por propósitos ajenos al leal desempeño de la función jurisdiccional.

- **No hubo desconocimiento del derecho** ni de la normativa que circunda a la violencia de género. Se invocaron criterios jurídicos insertos en un modo de ver la problemática de género, que nunca estuvo ausente en el análisis del Juez.

Al resolver, el Juez eligió una opción de solución del caso a conciencia y producto de un análisis razonado del derecho. El juez tuvo cabal conciencia de lo que estaba decidiendo y aún cuando el órgano superior (STJ) revoque la decisión adoptada, eso no quitará legitimidad ni legalidad a la sentencia. Se trató de una cuestión opinable donde dos jueces se inclinaron por una decisión y otro por la restante. Ninguna opción fue ilegal. Por eso, aún cuando luego de un tiempo, algunos pudieran considerar que la decisión del fallo no fue la que mejor

conciliaba a las partes o hacía justicia, el juez no cometió infracción alguna y no debería ser cuestionado por esta vía, porque para el disenso con las decisiones judiciales están los remedios procesales, o sea, los recursos.

Esto no quiere decir que no son importantes los errores de los jueces ni que los jueces pueden actuar con desidia o falta de responsabilidad en su cargo porque si yerran nada les pasa y nadie puede reprocharles su error. Sucede que separar a un magistrado de su cargo es un acto de mucha responsabilidad y de grave repercusión social, por eso se toman los recaudos necesarios para evitar que la estabilidad que tienen por imperativo constitucional, sea una ficción y que el gobierno de turno pueda remover fácilmente a los jueces cuando no le gusta el contenido de sus sentencias. Es un delicado equilibrio el que hay que preservar, por un lado debe asegurárseles a los jueces que pueden trabajar sin condicionamientos y con sujeción sólo al derecho, pero por otro lado, esto no puede convertirse en una carta de inmunidad para que los jueces no trabajen.

Los jueces tienen plena libertad para juzgar los casos que son sometidos a su jurisdicción, esto es un presupuesto de la independencia de juzgar y aunque la conducta de los jueces puede ser revisada esto opera de manera excepcional para no invadir la división de poderes ingresando a revisar contenidos jurídicos de las sentencias. Por eso el enjuiciamiento es político y no judicial y por ello el tribunal de enjuiciamiento no se compone sólo de abogados. Ello es así porque la responsabilidad que se analiza va mas allá de la estrictamente jurídica, para ello la sentencia del juez podrá ser apelada y revisada por otros jueces de instancias superiores. La

responsabilidad que se analiza esta vinculada con su idoneidad y honestidad para continuar desempeñándose en el cargo.

De esta manera estimamos que nuestra actitud defensiva se ajusta a la estricta realidad de los hechos, que descubren claramente, la inexistencia de los extremos que pretenden sustentar la acusación y que demuestran que el Juez Carlos Antonio FLORES se desempeño -como siempre lo hizo- de manera honesta y legal. En el fallo cuestionado no se incurrió en un delito penal ni existió el propósito de beneficiar a una de las partes al margen de la ley. Por todo ello, consideramos que no puede prosperar la pretensión de destituir a este magistrado de su cargo por el contenido de su voto en un fallo.

En definitiva no existió “mal desempeño” en función de los argumentos expuestos en la Acusación y menos aún con el carácter reiterado que exige la Ley 313. Por otra parte nos encontramos ante una decisión jurisdiccional que deviene ajena, por las razones referidas, para remover a un Juez so pena de violentar el principio de división de poderes, lo que de por si constituiría una gravedad institucional de inusitada trascendencia.

VIII.- DERECHO

En lo referente a los pedidos de nulidad, fundamos nuestras pretensiones en los artículos 8, 11 y 13 de la Constitución Provincial; en el artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8 de la Declaración Universal de Derecho Humanos; Arts. 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos; Art. 51 de la Ley 313 y en los artículos que integran el

Capítulo VII “Actividad Procesal Defectuosa” (arts. 159/166) y Capítulo IX “Declaración del Imputado” (arts. 231/239); arts. 294, 295, cc y subsiguientes del Código Procesal Penal provincial.

En lo referente a la defensa de fondo encuadramos nuestra postura en lo normado por el Art. 132 (hoy derogado) del Código Penal y en lo dispuesto en el Título XI, Capítulo 4 y 10 del Código Penal, especialmente en lo dispuesto por los arts. 248 y 269 del mismo Código; en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -Ley 23.179-; en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – “Belem do Pará” (1994); en la Ley 24.632 que recepta la Convención citada; en los Arts. 1, 8, 9, 16 incs. c) d) y g), art. 28 y 41 de la Ley 26485 de Protección Integral para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; en la ratificación de dicha ley por Ley Provincial 2550; en la Ley Provincial 1918 con las modificaciones introducidas por Ley 2277; en los arts. 21.1, 21.3, 22.1, 22.5 y art. 24.5 24.11 de la Ley 313; en los Arts. 8, 11 y 13 Constitución Provincial; en los Art. 18, 75 inc. 22 y 116 de la Constitución Nacional; en el Preámbulo y Arts. 8, 10, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Arts. XVIII (dcho. de justicia) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Preámbulo y Arts. 8, 9, 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los Arts. 3, 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y en la doctrina y jurisprudencia citadas.

IX.- RESERVA CASO FEDERAL

En primer lugar, para el caso de que se desestimara el planteo de nulidad expuesto en el presente, hacemos expresa reserva de recurrir, en la oportunidad procesal pertinente, ante el Superior Tribunal de Justicia en los términos del art. 422. Asimismo reserva expresamente el Caso Federal en los términos del artículo 14 de la Ley 48 por considerar que el rechazo de la impugnación planteada conculca y menoscaba el derecho constitucional al Debido Proceso y Defensa en Juicio previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, Artículo 14 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Entendemos que ha quedado demostrado que ha habido una clara inobservancia de las normas procesales previstas para el desarrollo de la declaración del imputado y se ha incumplido el deber de motivación en piezas procesales (acusación) que así se exigen conforme las previsiones de nuestro Código de Forma. Todo ello con el agravante de involucrar una violación constitucional que insalvablemente conduce a la nulidad de los autos atacados y de todos los demás actos procesales que en ellos se funden.

Además, precisamente por tratarse de la violación de garantías de raigambre constitucional contenidas en el Art. 18 de la CN y que tienen correlato en lo establecido por el Art. 8, 11 y 13 de la Constitución de nuestra provincia, cuales son: la garantía al debido proceso legal y la garantía del derecho de defensa en juicio; el tratamiento de este planteo resulta inexcusable. Por ello, ante la hipótesis de que el planteo aquí expuesto sea desatendido, el tema se constituirá en cuestión

suficiente para intentar las vías recursivas locales (art. 422 CPP) y eventualmente será también, cuestión federal suficiente para ocurrir, oportunamente, por vía del art. 14 de la Ley 48 por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En segundo lugar, se hace también expresa reserva de recurrir ante la CSJN en caso de ser desestimada la presente defensa.

La presencia de cuestión constitucional federal estará dada, en ese caso, por la violación a garantías procesales de defensa en juicio y debido proceso (Art. 8, 11 y 13 Const. de la provincia de La Pampa, Art. 18 Constitución Nacional y por la causal de “arbitrariedad” por falta de fundamentación legal suficiente.

Además, atento a encontrarse en juego el alcance que cabe asignar a normas del derecho federal, toda vez que se halla en tela de juicio la validez que debía darse a una norma del Código Penal, cual era el entonces vigente art. 132 de ese Código, a la Ley Nacional 26485 y a normas de raigambre constitucional (la garantía de defensa en juicio y del debido proceso legal, conf. artículos 18, 75 inc. 22 y 116 de la Constitución Nacional; Arts. 8, 11 y 13 de la Constitución Provincial; Preámbulo y Arts. 8, 10, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. XVIII (dcho. de justicia) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Preámbulo y Arts. 8, 9, 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Arts. 3, 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; entre otras normas de derecho internacional con validez local que se verían afectadas en el

supuesto de que ese Tribunal resolviera en contra de lo aquí expuesto; es que se hace expresa reserva del Caso Federal.

Finalmente, habrá cuestión federal en los términos de la Ley 48, toda vez que se trata de un tema que ha tomado particular estado público y donde se pretende la remoción de un magistrado por las opiniones vertidas en una sentencia dictada conforme a derecho. De ese modo, el tema adquiere “gravedad institucional” porque pone en riesgo pilares básicos de toda república cual es la división de poderes y la garantía de inamovilidad e independencia de los jueces quienes sólo deben sujetarse al derecho y no a la voluntad del poder de turno.

X. PETITORIO

En mérito todo lo expuesto, al Jurado de Enjuiciamiento solicitamos:

- 1) Se nos tenga por presentados, por parte y por constituido el domicilio legal;
- 2) Se tengan por interpuestos los planteos de NULIDAD y oportunamente se declare NULA la declaración del Juez Carlos Antonio Flores, prestada el 25 de abril de 2012 y cuyo acta obra a fs 104/124 de esta causa como así también se declare NULA LA ACUSACIÓN formulada por el Procurador General de la Provincia de La Pampa, que aquí contestamos;
- 3) Se tenga por contestada la vista conferida y por formulada en legal tiempo y forma la defensa del Juez Carlos Antonio FLORES en orden a la acusación obrante en su contra;
- 4) Se tenga por efectuada formal reserva de interponer Recurso Extraordinario Provincial y de recurrir ante la Corte

Suprema Nacional (Art. 14 Ley 48)

- 5) Oportunamente y previo los trámites de ley, se dicte Sentencia acogiendo en un todo las pretensiones de esta parte de modo tal que se restituya en su cargo de Juez al Dr. Carlos Antonio FLORES.

**Proveer de conformidad, para que,
SEA JUSTICIA.**